

2010 年司考之路系列

# 国家司法考试

## 商法·经济法

新东方北斗星司法考试研究中心 主编

李 晗 编著

電子工業出版社·

Publishing House of Electronics Industry

北京·BEIJING

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有，侵权必究。

#### 图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试·商法·经济法/新东方·北斗星司法考试研究中心主编；李晗编著.

北京：电子工业出版社，2010.3

(2010 年司考之路系列)

ISBN 978-7-121-10423-7

I. 国… II. 新… 李… III. ①商法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 ②经济法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 029878 号

策划编辑：周琰

责任编辑：周琰 特约编辑：石月 李华

印 刷：

装 订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：787×1 092 1/16 印张：22.75 字数：597 千字

印 次：2010 年 3 月第 1 次印刷

定 价：49.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，联系及邮购电话：(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 [zlt@phei.com.cn](mailto:zlt@phei.com.cn)，盗版侵权举报请发邮件至 [dbqq@phei.com.cn](mailto:dbqq@phei.com.cn)。

服务热线：(010) 88258888。

# 序



2009 年司法考试已经尘埃落定，2010 年备战司考的战鼓正在咚咚作响。李白诗云“蜀道难，难于上青天”，许多考生奋斗数载，有的甚至青丝变白发，也未能通过司法考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么有的考生皓首穷经，不能破解其中之谜；而有的考生能一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于考生能否精准掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。据不完全统计，司法考试涉及的法律条文共 2 万多条，涉及的学科涵盖法学 14 门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对重点把握不准，对难点无法破译，对疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海上的孤舟，茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点和疑点，直面考试并顺利通过，我们邀请了多年从事司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教师，精心撰写了《2010 年司考之路系列》丛书。本丛书共 10 本，包括《国家司法考试·理论法学与论述题写作》、《国家司法考试·国际法》、《国家司法考试·商法·经济法》、《国家司法考试·宪法·行政法》、《国家司法考试·刑法》、《国家司法考试·刑事诉讼法》、《国家司法考试·民法》、《国家司法考试·民事诉讼法》、《国家司法考试·重点法条解读》和《国家司法考试·配套单元练习》。

本丛书具有以下特点：

## 1. 全部考点掌中宝

本丛书集司考名师辅导经验总结、司考改革新动向、精彩授课内容和高效率应试复习于一体，按照大纲的考试要求，列出考点及 2010 年预测考查的考点，其中八本教材以“重点法条 + 考点解析 + 真题演练”的结构编排，《国家司法考试·重点法条解读》以“重点法条 + 法条精解 + 真题示例”的结构编排，《国家司法考试·配套单元练习》以“答案 + 考点 + 解析”的结构编排。方便考生携带，帮助考生随时记忆司法考试重点内容，提高复习的命中率。

## 2. 考点解析很周到

本丛书在保持学科体系完整的前提下，对考点精华内容进行了概括和提炼，且及时反映大纲、教材的最新变化，使新增内容一览无余。辅导名师的补充讲解，深度挖掘、突出重点，重点讲解、辨析考试要点及难点，略讲一般知识，不讲不具可考性的内容，繁简得

当，重点突出，直击命题核心。使考生在很短的时间内就可读完，但需要反复阅读，以便记忆。

### 3. 习题演练不可少

通过“真题演练”，把握考查的重点。本丛书将知识点分门别类地放在不同的部门法中；而在每一部门法内部，又依考查内容的不同，将试题再作细分。每道试题前面标明了试题的出处，以便考生精确查找。需要说明的是，因篇幅所限，可从“重点法条”和“考点解析”中直接查找到答案的习题，这里没有展开解释。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

穷数位名师之功，本丛书的面世自然令编者激动，但囿于能力所限，瑕疵断不可免。如有需要改进之处，敬请广大考生指正和海涵。

新东方北斗星培训学校校长

胡俊军

2010年3月





## 前言



商经法在司法考试中占有重要地位，其中商法占 50 分左右，经济法占 40 分左右，总共占 90 多分。从分值分布可见，在司考中七分天下有其一。在司法考试培训中，通常将这两个学科放在一起讲授，我们通常称之为“商经”。

商法以企业法为重心，包括《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、外商投资企业法、《证券法》、《企业破产法》、《保险法》、《票据法》、《海商法》九部分。《公司法》是其中的核心部分，分值最多，几乎每年都会考案例分析题。《合伙企业法》、《企业破产法》、《保险法》和《票据法》地位相当，历年的考查分值比较稳定，大概 3~5 分，专业性较强，具有一定的理论难度。根据 2009 年的司考大纲，《证券法》从经济法部分调整到了商法部分。但这只是形式上的变化，并不影响整体复习和备考。《证券法》的考查分值不是很稳定，但仍须引起重视。《海商法》分数少，内容多，理论深，抓住几个重点考点即可，尤其注意与国际私法部分的关联性。

就经济法而言，其内容包括竞争法、消费者权益保护法、银行业法、财税法、土地法与房地产法、劳动法、环境保护法、审计法共八大部分。与商法比较，经济法部分涉及的法及相关法条更加繁杂，知识点的考查更加分散。每个部分大概考查分值为 3~4 分。

司考商经部分专业性较强，需要考生具有较强的理解力。又因其较为细致琐碎，会造成考生较重的记忆负担。再加之平时生活和工作中与它们打交道的机会较少，所以考生在备考时，一般都会感到为难。夯实基础，突出考点，融会贯通，理解记忆就成为了司法考试商经法部分的复习准则及对辅导用书的要求。

本书源于多年司考辅导经验的总结和提炼，直击商经法备考。本书具有如下特点：

(1) 系统地总结、梳理商经法部分的知识点，整体而又准确地把握各部分的内容，并在此基础上构建知识理论框架；

(2) 对于各个知识点，紧密结合法条进行详细、深入、系统的讲解，阐述理论背景，深挖考点内涵，排除理解误区，传授记忆方法，融会贯通，综合串联；

(3) 结合历年真题，帮助考生加强对知识点的掌握，并提高应试能力。

本书实现了对考点整体与部分的全面关照，学习与应试的无缝对接。本书涵盖了商经法部分所有重要知识点，具有较强的针对性与实用性。

希望本书能够帮大家在备考历程中少走弯路，提高效率，事半功倍！衷心祝愿大家学习愉快，圆梦司考！

李 晗

2010 年 3 月于北京

# 目录 | CONTENTS

## 商 法

第一章 《公司法》 .....	3
第一讲 《公司法》原理 .....	3
考点一 公司的概念和特征 .....	3
考点二 公司的分类 .....	4
考点三 公司的能力 .....	10
第二讲 公司设立 .....	13
考点一 公司设立的一般规定 .....	13
考点二 发起人 .....	17
考点三 公司章程 .....	19
第三讲 公司资本 .....	21
考点一 公司资本 .....	21
考点二 股份发行 .....	25
考点三 公司债券 .....	26
第四讲 公司财务、会计 .....	28
考点一 财务会计报告 .....	28
考点二 公积金 .....	29
考点三 公司的收益分配制度 .....	30
第五讲 股东股权 .....	32
考点一 股东权 .....	32
考点二 有限责任公司的股权转让 .....	35
考点三 股份有限公司的股份转让 .....	37
第六讲 公司组织机构 .....	40
考点一 股东（大）会 .....	40
考点二 董事会 .....	43

考点三	监事会	46
考点四	公司董事、监事和高级管理人员的地位和作用	48
考点五	股东在公司治理中的作用	50
第七讲	公司的变更与终止	54
考点一	公司的合并与分立	54
考点二	公司的解散	56
考点三	公司的清算	58
第二章	《合伙企业法》	61
第八讲	合伙企业概述	61
考点一	法律特征	61
考点二	法律地位	62
考点三	分类	62
第九讲	普通合伙企业	64
考点一	合伙企业的设立	64
考点二	合伙企业的财产	66
考点三	合伙事务的执行	67
考点四	合伙企业与第三人关系	70
考点五	入伙、退伙	71
考点六	合伙企业的解散、清算与破产	75
第十讲	有限合伙企业	77
考点一	有限合伙企业的设立	77
考点二	有限合伙企业的事务执行	78
考点三	有限合伙的形式变更	80
第三章	《个人独资企业法》	83
第十一讲	个人独资企业的特征与设立	83
考点一	含义与特征	83
考点二	个人独资企业的设立	84
第十二讲	个人独资企业的管理与解散	86
考点一	事务管理	86
考点二	解散与清算	87
第四章	外商投资企业法	89
第十三讲	《中外合资经营企业法》	89
考点一	中外合资经营企业的设立	89
考点二	中外合资经营企业的组织形式与出资	90
考点三	中外合资经营企业的组织机构及终止	92
第十四讲	《中外合作经营企业法》	95
考点一	中外合作经营企业的设立	95
考点二	中外合作经营企业的组织形式与出资	95
考点三	中外合作经营企业的组织机构与终止	98
第十五讲	《外资企业法》	100
考点一	外资企业的组织形式与出资	100
考点二	外资企业的经营期限与终止	102



<b>第五章 《证券法》</b>	104
第十六讲 证券市场	104
考点一 证券法的适用范围和基本原则	104
考点二 证券机构	105
第十七讲 证券发行	114
考点一 证券发行方式	114
考点二 股票与公司债券的发行	115
考点三 发行承销	117
第十八讲 证券交易	119
考点一 证券交易的一般规定	119
考点二 特殊的证券交易——上市公司收购	126
<b>第六章 《企业破产法》</b>	130
第十九讲 破产申请和受理	130
考点一 受案范围和破产原因	130
考点二 破产的申请和受理	131
第二十讲 管理人和债务人财产	136
考点一 管理人	136
考点二 债务人财产	138
考点三 破产费用和共益债务	141
第二十一讲 破产债权与债权人会议	143
考点一 破产债权	143
考点二 债权人会议和债权人委员会	145
第二十二讲 重整程序	148
考点一 重整申请和重整期间	148
考点二 重整计划	149
第二十三讲 和解程序	152
考点一 和解申请与裁定	152
考点二 和解协议	152
第二十四讲 破产清算程序	154
<b>第七章 《保险法》</b>	157
第二十五讲 保险法原理	157
考点一 保险的概念和特征	157
考点二 保险的基本原则	157
第二十六讲 保险合同总论	159
考点一 保险合同的特征和分类	159
考点二 保险合同的当事人和关系人	161
第二十七讲 人身保险合同	163
考点一 人身保险的保险利益	163
考点二 人身保险对被保险人的限制	163
考点三 保险费的缴纳	165
考点四 保险金的给付	166
考点五 人身保险的受益人和除外责任	166



考点六	禁止追偿 .....	168
考点七	人身保险合同的解除 .....	169
第二十八讲	财产保险合同 .....	170
考点一	合同的变更和解除 .....	170
考点二	施救费用的承担与代位求偿权 .....	171
考点三	重复保险与责任保险 .....	174
第二十九讲	保险业法律制度 .....	176
第八章	《票据法》 .....	180
第三十讲	票据法原理 .....	180
考点一	票据概述 .....	180
考点二	票据法律关系 .....	182
考点三	票据权利 .....	183
考点四	票据抗辩 .....	186
考点五	票据行为 .....	187
考点六	票据的丧失与补救 .....	189
第三十一讲	汇票、本票和支票 .....	191
考点一	汇票 .....	191
考点二	本票 .....	198
考点三	支票 .....	200
第九章	《海商法》 .....	202
第三十二讲	海商法的适用范围与船舶物权 .....	202
考点一	适用范围 .....	202
考点二	船舶物权 .....	203
第三十三讲	海上运输合同、船舶碰撞与特殊风险 .....	207
考点一	海上货物运输合同 .....	207
考点二	船舶碰撞 .....	209
考点三	海难救助 .....	211
考点四	共同海损 .....	213

## 经 济 法

第一章	竞争法 .....	217
第一讲	《反不正当竞争法》 .....	217
考点一	不正当竞争行为 .....	217
考点二	不正当竞争行为的损害赔偿 .....	220
第二讲	《反垄断法》 .....	224
考点一	反垄断法的适用 .....	224
考点二	垄断协议 .....	224
考点三	滥用市场支配地位 .....	226
考点四	经营者集中 .....	227
考点五	行政垄断 .....	229



考点六 反垄断执法 .....	231
<b>第二章 消费者权益保护法 .....</b>	<b>233</b>
第三讲 《消费者权益保护法》 .....	233
考点一 本法的适用范围, 消费者的权利和经营者的义务 .....	233
考点二 争议的解决 .....	235
第四讲 《产品质量法》 .....	239
考点一 法律的适用范围与产品质量监督检查制度 .....	239
考点二 经营者的产品质量义务及法律责任 .....	240
第五讲 《食品安全法》 .....	245
考点一 立法目的和适用范围 .....	245
考点二 食品安全风险监测制度 .....	246
考点三 食品安全标准 .....	247
考点四 食品生产经营制度 .....	249
考点五 食品检验制度 .....	253
考点六 食品进出口管理 .....	253
考点七 食品安全事故处置 .....	254
考点八 政府监管机构及其职权 .....	256
考点九 法律责任 .....	257
<b>第三章 银行业法 .....</b>	<b>259</b>
第六讲 《商业银行法》 .....	259
考点一 商业银行概述 .....	259
考点二 贷款法律制度 .....	260
考点三 商业银行的业务管理 .....	262
考点四 商业银行接管和终止 .....	264
第七讲 《银行业监督管理法》 .....	268
考点一 银行业监督管理机构的调整对象 .....	268
考点二 银行业监督管理机构监督管理职责和措施 .....	268
考点三 法律责任和央行的监管职权 .....	272
<b>第四章 财税法 .....</b>	<b>275</b>
第八讲 实体税法 .....	275
考点一 《个人所得税法》 .....	275
考点二 《企业所得税法》 .....	279
考点三 《增值税法》 .....	281
第九讲 程序税法 .....	284
考点一 税务登记 .....	284
考点二 税收征收 .....	285
<b>第五章 土地法和房地产法 .....</b>	<b>291</b>
第十讲 土地权属制度 .....	291
考点一 土地用途与土地所有权 .....	291
考点二 国有土地使用权 .....	292
考点三 集体土地使用权 .....	295



第十一讲    建设用地制度 .....	300
考点一    建设用地管理 .....	300
考点二    房地产交易 .....	304
第六章    劳动法 .....	309
第十二讲    《劳动合同法》 .....	309
考点一    劳动合同法的适用范围 .....	309
考点二    劳动合同的类型和必要条款 .....	310
考点三    劳动合同的订立和效力 .....	313
考点四    劳动合同的解除和终止 .....	315
考点五    集体合同 .....	319
考点六    劳务派遣和其他用工形式 .....	321
考点七    劳动基准法 .....	323
第十三讲    劳动争议 .....	331
考点一    劳动争议的范围 .....	331
考点二    劳动争议的解决 .....	332
第七章    环境保护法 .....	338
第十四讲    《环境保护法》 .....	338
考点一    环境保护基本制度 .....	338
考点二    环境民事责任与环境民事纠纷处理程序 .....	341
第八章    审计法 .....	345
第十五讲    《审计法》 .....	345
考点一    审计机关的领导体制 .....	345
考点二    审计范围 .....	346
考点三    审计程序 .....	347
考点四    法律责任 .....	348
附录    本书主要法律文件全、简称对照表 .....	350





# 商 法



# 第一章 《公司法》

## 第一讲 《公司法》 原理

### 考点一 公司的概念和特征

#### 重点法条

第三条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

#### 考点解析

##### （一）概念

公司是依照法定的条件与程序设立的、以营利为目的的社团法人。《公司法》的本质是组织法，核心在于公司的设立与公司的治理结构。

外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用公司法，有关外商投资的法律另有规定的，适用其规定。

##### （二）特征

###### 1. 公司具有法人人格

（1）依法设立。是指设立公司应当依法向公司登记机关申请设立登记。法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。为了保护交易安全，公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项，公司登记机关应当提供查询服务。依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、实收资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。公司营业执照记载的事项发生变更的，公司应当依法办理变更登记，由公司登记机关换发营业执照。

（2）独立财产。是指公司作为一个以营利为目的的法人，必须有其可控制、可支配的财产，以从事经营活动。公司的原始财产由股东出资构成，股东一旦履行了出资义务，其出资标的物的所有权即转移至公司，构成公司的财产，公司对其享有“法人财产权”，股东则对公司享有“股权”，即享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。公司的



财产与股东个人的财产相分离。

(3) 独立责任。是指公司必须在自主经营的基础上自负盈亏，用其全部法人财产对公司债务独立承担责任。公司独立承担责任就意味着股东仅仅以其对公司的出资额为限对公司承担责任，这就是股东有限责任原则，它降低了投资风险。保护了股东的利益，正是这一点标志着公司与合伙企业、独资企业的原则区别，其他区别也可以说都是由这一点所派生的。

## 2. 公司是社团组织，具有团体性

依法人内部组织基础的不同，可将法人分为社团法人和财团法人，公司属于社团法人。公司的社团性表现为它通常由两个或两个以上的股东出资组成，通过产权的多元化实现股东间的利益制衡。《公司法》中的例外是一人有限责任公司和国有独资公司，前者是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司，后者则由国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独投资设立。此外，根据我国《外资企业法》的规定，我国还允许设立外商独资的有限责任公司。除上述三种情况外，我国《公司法》不允许设立其他类型的一人公司。

## 3. 公司是以营利为目的，具有营利性

第一，公司可以从事营利性活动；第二，公司将其营利活动所获盈利分配给其成员即股东。

### 真题演练

(2007-3-26)<sup>①</sup> 徽南公司由甲乙丙3个股东组成，其中丙以一项专利出资。丙以专利出资后，自己仍继续使用该技术。下列哪一选项是正确的？

- A. 乙认为既然丙可以继续使用，则自己和甲也可以使用
- B. 甲认为丙如果继续使用该技术则需向徽南公司支付费用
- C. 丙认为自己可在原使用范围内继续使用该技术
- D. 丙认为甲和乙使用该专利应取得自己的书面同意

## 考点二 公司的分类

### 重点法条

第二条 本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。

第十四条 公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。

公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

第五十八条 一人有限责任公司的设立和组织机构，适用本节规定；本节没有规定的，适用本章第一节、第二节的规定。

<sup>①</sup> B。



本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

第五十九条 一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币十万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。

一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

第六十条 一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。

第六十一条 一人有限责任公司章程由股东制定。

第六十二条 一人有限责任公司不设股东会。股东作出本法第三十八条第一款所列决定时，应当采用书面形式，并由股东签字后置备于公司。

第六十三条 一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。

第六十四条 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己财产的，应当对公司债务承担连带责任。

第六十五条 国有独资公司的设立和组织机构，适用本节规定；本节没有规定的，适用本章第一节、第二节的规定。

本法所称国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府委托本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。

第六十六条 国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。

第六十七条 国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增减注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。

前款所称重要的国有独资公司，按照国务院的规定确定。

第六十八条 国有独资公司设立董事会，依照本法第四十七条、第六十七条的规定行使职权。董事每届任期不得超过三年。董事会成员中应当有公司职工代表。

董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。

第六十九条 国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经理依照本法第五十条规定行使职权。

经国有资产监督管理机构同意，董事会成员可以兼任经理。

第七十条 国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

第七十一条 国有独资公司监事会成员不得少于五人，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。



监事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，监事会中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。

监事会行使本法第五十四条第（一）项至第（三）项规定的职权和国务院规定的其他职权。

第一百九十二条 本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外设立的公司。

第一百九十五条 外国公司的分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式。

外国公司的分支机构应当在本机构中置备该外国公司章程。

第一百九十六条 外国公司在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格。

外国公司对其分支机构在中国境内进行经营活动承担民事责任。

第一百九十八条 外国公司撤销其在中国境内的分支机构时，必须依法清偿债务，依照本法有关公司清算程序的规定进行清算。未清偿债务之前，不得将其分支机构的财产移至中国境外。

## 考点解析

### （一）公司的种类

公司依照不同的标准可以划分为不同的类型，尽管有些类型《公司法》并没有明文规定但从学理上进行全面把握是很有意义的。

#### 1. 按公司股东的责任范围分类

以公司股东的责任范围为标准，可将公司分为无限责任公司、两合公司、股份两合公司、有限责任公司和股份有限公司。

无限责任公司是指由两个以上股东组成，全体股东对公司债务负连带无限责任的公司。两合公司是指由部分无限责任股东和部分有限责任股东共同组成，对公司债务前者负连带无限责任，后者仅以出资额为限承担责任的公司，股份两合公司是指由部分对公司债务负连带无限责任的股东和部分仅以所持股份对公司债务承担有限责任的股东共同组建的公司，我国公司法未规定上述三种公司。

有限责任公司是指股东仅以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。股份有限公司是指由一定以上人数组成，公司全部资本分为等额股份，股东以其所认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任的公司。

这两类公司之间可以进行变更。有限责任公司变更为股份有限公司，应当符合公司法规定的股份有限公司的条件，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。股份有限公司变更为有限责任公司，应当符合公司法规定的有限责任公司的条件。有限责任公司变更为股份有限公司的，或者股份有限公司变更为有限责任公司的，公司变更前的债权、债务由变更后的公司承继。

这两类公司是我国《公司法》规定的基本类型，二者的区别应重点了解。

#### （1）两类公司的相同点

有限责任公司和股份有限公司最主要的相同点就是股东责任均为有限。对于“有限”一词，只是指股东对公司债务以所持股份或出资为限承担责任。股东的这种责任也是对“公司”的责任，而不是直接对公司债权人的责任。至于公司以其全部资产为限对公司的



债务承担责任，这种责任实际上是“无限责任”，也就是“公司独立责任”。

## （2）两类公司的不同点

有限责任公司的资本可以分为均等的份额，也可以不分成均等的份额。有限责任公司的资本构成通常称为“出资”，即使分为均等的份额也不称为股份，股东的权利与其“出资份额”相联系，股份有限公司的资本则必须划分成等额的“股份”，这是两类公司的根本区别。有限责任公司股东出资后，由成立后的公司向股东签发证明其已经履行出资义务的法律文件，即出资证明书，其性质为证权证书。相应的，股份有限公司则向股东签发股票，其性质为证权证券。

## 2. 按公司信用基础分类

以公司信用基础为标准分为人合公司、资合公司与人合兼资合公司。

人合公司是指公司的信用基础在于股东个人财产信用，这意味着股东对公司债务要承担无限责任。无限公司乃最典型的人合公司。

资合公司是指公司的信用基础在于公司的资产，与股东的资产无涉，这意味着股东对公司债务仅以出资为限承担责任。有限公司、股份公司乃典型的资合公司。

人合兼资合公司又称中间公司、折中公司，指公司信用基础采股东个人财产信用与公司财产信用。两合公司、股份两合公司乃属此类。

## 3. 按公司的国籍分类

以公司的国籍为标准，据此分为本国公司、外国公司。

国籍如何确定各国不同做法，依照我国《公司法》第2条、第192条的规定，采用了设立准据法主义兼设立行为地主义。

依据我国公司法，在中国境内设立的有限公司与股份公司属于中国公司，可见中外合资经营公司、中外合作经营公司和外商投资公司都属于中国公司。

依照外国法律在中国境外设立的公司就是外国公司。在我国法上，在港、澳、台地区依照本法设立的公司，按照外国公司对待。

## 4. 按公司之间的关系分类

以公司之间的关系为标准分为总公司与分公司、母公司与子公司。

总公司又称本公司，是指依法设立并管辖公司全部组织的具有企业法人资格的总机构。分公司是指在业务、资金、人事等方面受本公司管辖而不具有法人资格的分支机构，其民事责任由总公司承担，公司设立分公司的，应当向分公司所在地的公司登记机关申请登记，领取营业执照，可以在法定的范围内从事经营活动。

母公司，又称为控股公司，在外延上小于控制公司，是指拥有其他公司一定数额的股份，通过表决权机制来支配另一些公司的经营的公司，被控制者就是子公司。子公司具有企业法人资格，依法独立承担民事责任。

依照母公司拥有子公司的股份额的多少，子公司又可以分为：①全资子公司，即法人一人有限公司，股份为母公司100%拥有；②绝对控股子公司，母公司拥有其50%以上不足100%的股份；③相对控股子公司，母公司拥有的股份低于50%，但其表决权已经足以对子公司的决议产生重大影响，因为其他股份可能比较分散。

## （二）我国公司立法上的公司分类

### 1. 有限公司

有限公司与股份公司是仅有的公司类型，其最主要的相同点就是股东均负有限责





任。股东的这种责任也是对公司的责任，而不是直接对公司债权人的责任。至于公司以其全部资产为限对公司的债务承担责任，这种责任实际上是无限责任。无限责任的意思是债务人对所负债务以其所有的全部财产为一般担保，直至财产被执行完毕。

## 2. 一人公司

我国的一人公司属于有限责任公司的特殊类型。依照《公司法》第58条的规定，一人公司仅指一人有限公司，不能设立一人股份公司，其设立人可以是一个自然人，也可以是一个法人。依照一人公司的成立情形，可以分为设立的一人公司和存续的一人公司，后者是指普通有限公司在存续期间内，股东只剩下一人的情形。由于股东只剩下一人的情形并非有限公司的法定解散事由，所以可以以一人公司的形式继续存在。

(1) 章程与组织机构。一人有限责任公司章程由股东制定、一人有限责任公司不设股东会。股东行使《公司法》所列一般有限责任公司股东会职权时，应当采用书面形式，并由股东签字后置备于公司。

(2) 对一人有限责任公司的风险防范措施。一人公司，尤其是一个自然人设立的一人公司，由于缺乏股东之间的相互制约，一人股东可以“为所欲为”地将公司的财产与股东本人的财产相混同，将公司的财产变为股东自己的财产，如将公司财产挪作私用，给自己支付巨额报酬，同公司进行自我交易，以公司名义为自己担保或借贷，甚至行欺诈之事逃避法定义务、契约义务或侵权责任等。而公司制度的基本特征，就是股东只以其对公司出资承担有限责任，股东对公司的债务不直接承担责任，这就容易使公司债权人的利益受到损害，一人公司的风险之大自不待言。有鉴于此，《公司法》通过一系列的制度措施，防止交易风险，保证交易安全。

① 一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币10万元，且不能分期缴纳（严格的资本确定原则）。

② “计划生育”原则：一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司（“独生子女政策”），该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司（“绝育手术”）。

③ 一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。（身份公示制度）

④ 一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计（强制审计制度）。

⑤ 在发生债务纠纷时，一人公司的股东有责任证明公司的财产与股东自己财产是相互独立的，如果股东不能证明公司的财产独立于股东自己的财产，股东即丧失只以其对公司的出资承担有限责任的权利，必须对公司的债务承担无限连带清偿责任（推定混同制度）。

## 3. 国有独资公司

国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府委托本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。

(1) 章程。国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。属于有限责任公司的特殊类型，但并不是一人公司。其与一人公司的区别在于：投资人只能是国家，且只能为单独出资，代表国家履行出资人职责的是国务院、地方人民政府授权的国有资产监督管理委员会。

### (2) 组织机构

#### ① 股东



国有独资公司不设股东会，股东会的职权主要由国有资产监督管理机构行使。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增减注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。

### ② 董事会

国有独资公司设立董事会，依照国有资产监督管理机构的授权和《公司法》对一般有限责任公司董事会职权的规定行使职权。董事每届任期不得超过三年。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事会设董事长一人，可以设副董事长。

国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

### ③ 监事会

监事会是公司的监督机构，但同一般的有限责任公司的监事会不同，它不是设立于公司内部，而是设立于公司外部。国有独资公司监事会成员不得少于5人，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。

监事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，监事会中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。监事会行使的职权如下：检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；国务院规定的其他职权。

### ④ 董事长

董事长：由国有资产监督管理机构在董事中指定而非选举产生。

总经理：由董事会聘任；经国有资产监督管理机构同意，董事可以兼任总经理。

监事会主席：也由国有资产监督管理机构在监事中指定而非选举产生。

## 4. 股份公司

依照《公司法》第78条的规定，我国的股份公司依其设立方式和股票是否在股票交易所上市交易，可以再分为：发起设立的股份公司和募集设立的股份公司。

发起设立的股份公司，是由发起人认购公司应发行的全部股份而设立的股份公司。这类公司的股东人数最少为2人，最高为200人，不具有公众性，属于封闭性公司。

募集设立的股份公司，由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立的股份公司。

## 5. 上市公司

上市公司是指其股票在证券交易所交易的股份公司，是最具有公众性的公司。其特殊之处就在于股票发行、交易与组织机构上。

## 6. 外商投资公司

按照我国有关外商投资企业的法律规定，中外合资经营企业一律采用有限公司形式；中外合作经营企业、外资企业也可以选择有限公司形式。此外，我国也允许外国投资中国的股份公司。采用有限公司、股份公司形式的外商投资企业就被称为外商投资公司。

## 真题演练

1. (2006-3-34)<sup>①</sup> 下列关于公司分类的哪一表述是错误的?
  - A. 一人公司是典型的人合公司
  - B. 上市公司是典型的资合公司
  - C. 非上市股份公司是资合为主兼具人合性质的公司
  - D. 有限责任公司是以人合为主兼具资合性质的公司
2. (2003-3-19)<sup>②</sup> 下列所作的各种关于公司的分类,哪一种是以公司的信用基础为标准的分类?
  - A. 总公司与分公司
  - B. 母公司与子公司
  - C. 人合公司与资合公司
  - D. 封闭式公司与开放式公司
3. (2003-3-13)<sup>③</sup> 住所地在长春的四海公司在北京设立了一家分公司。该分公司以自己的名义与北京实达公司签订了一份房屋租赁合同,租赁实达公司的楼房一层,年租金为30万元。现分公司因拖欠租金而与实达公司发生纠纷。下列判断哪一个是正确的?
  - A. 房屋租赁合同有效,法律责任由合同的当事人独立承担
  - B. 该分公司不具有民事主体资格,又无四海公司的授权,租赁合同无效
  - C. 合同有效,依该合同产生的法律责任由四海公司承担
  - D. 合同有效,依该合同产生的法律责任由四海公司及其分公司承担连带责任

## 考点三 公司的能力

### 重点法条

第十五条 公司可以向其他企业投资;但是,除法律另有规定外,不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。

第十六条 公司向其他企业投资或者为他人提供担保,按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

### 考点解析

#### (一) 权利能力

公司的权利能力是指公司作为法律主体依法享有权利和承担义务的资格。

- ① A。
- ② C。
- ③ C。







## 1. 公司权利能力的起止

公司具有权利能力，与自然人不同，公司的权利能力始于成立即营业执照签发，终于终止即注销登记。

## 2. 公司权利能力的限制

(1) 性质上的限制。公司毕竟为法律拟制的人格，所以凡与自然人自身性质相关的权利义务，公司均不能享有，如不享有结婚、继承等权利能力。

(2) 目的范围的限制。公司将其所从事经营活动的业务范围记载于公司章程，登记于公司营业执照，称为经营范围，也叫做目的范围。

① 公司的经营范围必须由公司章程作出规定；

② 公司的经营范围必须依法登记；

③ 公司的经营范围中属于法律、行政法规规定须经批准的项目，应当依法经过批准；

④ 公司必须在登记的经营范围内从事经营活动；

⑤ 公司可以修改公司章程，改变经营范围，但是应该办理变更登记；

⑥ 公司不得超越经营范围进行活动，如果当事人超越经营范围订立合同，为了保护善意相对人的利益，人民法院不因此认定合同无效，但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

### (3) 投资能力和担保能力的限制

① 转投资能力。公司可以向其他企业投资；但是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。公司向其他企业投资，按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资的总额及单项投资的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

② 对外担保能力。公司为他人提供担保，按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对担保的总额及单项担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。被担保的股东或者受实际控制人支配的股东。不得参加对该担保事项进行的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。上市公司在1年内担保金额超过公司资产总额30%的，应由股东大会作出决议，且经出席会议股东所持表决权的2/3以上通过。

## (二) 行为能力

公司的行为能力是指公司基于自己的意思表示，以自己的行为独立取得权利和承担义务的能力。它与公司的权利能力同时产生，同时终止，范围和内容也与权利能力相一致。

公司行为能力的实现方式有以下两个阶段：

首先，公司的意思能力通过公司的法人机关来形成和表示，公司的法人机关由股东会（股东大会）、董事会和监事会组成。其中，股东（大）会为意思形成机关；董事会为公司意思的执行机关；监事会是公司的监督机关，负责公司意思实现的监督工作。它们依照《公司法》规定的职权和程序相互配合又相互制衡，进行公司的意思表示。

其次，公司的行为能力由公司的法定代表人实现。公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记。法定代表人所实施的法律行为就是公司的法律行为，法定代表人所享有的权利和承担的义务就是公司的权利和义务。

### （三）责任能力

即公司的侵权行为能力，指公司承担因侵权行为所致的损害赔偿的责任能力。公司是法人，其本身不具备实施侵权行为的条件，公司的侵权行为是通过自然人的行为而实施的。一般认为，对于公司法定代表人、工作人员实施的与公司职务具有密切联系的侵权行为，可被认定为公司的侵权行为，由公司法人直接对受害人承担。

#### 真题演练

1. (2003-3-51)<sup>①</sup> 某有限责任公司，经营塑料产品，总资产1200万元，总负债200万元。现公司股东会作出了以下决定，请判断其哪些决定是不符合法律规定的？

- A. 投资300万元，与乙公司组成合伙企业
- B. 向丙电脑有限责任公司投资350万元
- C. 发行100万元公司债券
- D. 减少注册资本50万元

2. (2004-3-31)<sup>②</sup> 甲公司注册资为120万元，主营建材，乙厂为生产瓷砖的合伙企业。甲公司为稳定货源，决定投资30万元入伙乙厂。对此项投资的效力，下列表述哪一项是正确的？

- A. 须经甲公司股东会全体通过方为有效
- B. 须经甲公司董事会全体通过方为有效
- C. 须经乙厂全体合伙人同意方为有效
- D. 无效

3. (2008-3-30)<sup>③</sup> 公司在经营活动中可以以自己的财产为他人提供担保。关于担保的表述中，下列哪一选项是正确的？

- A. 公司经理可以决定为本公司的客户提供担保
- B. 公司董事长可以决定为本公司的客户提供担保
- C. 公司董事会可以决定为本公司的股东提供担保
- D. 公司股东会可以决定为本公司的股东提供担保

① C（当年公布的答案为AC）。  
② 本题无解（当年公布的答案为D）。  
③ D。



## 第二讲 公 司 设 立

### 考点一 公司设立的一般规定

#### 重点法条

第八条 依照本法设立的有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司或者有限公司字样。

依照本法设立的股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。

第十条 公司以其主要办事机构所在地为住所。

第二十三条 设立有限责任公司，应当具备下列条件：

- (一) 股东符合法定人数；
- (二) 股东出资达到法定资本最低限额；
- (三) 股东共同制定公司章程；
- (四) 有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；
- (五) 有公司住所。

第二十四条 有限责任公司由五十个以下股东出资设立。

第七十七条 设立股份有限公司，应当具备下列条件：

- (一) 发起人符合法定人数；
- (二) 发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额；
- (三) 股份发行、筹办事项符合法律规定；
- (四) 发起人制订公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过；
- (五) 有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构；
- (六) 有公司住所。

第七十八条 股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。

发起设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。

募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

第九十条 发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。发起人应当在三十日内主持召开公司创立大会。创立大会由发起人、认股人组成。

发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的，或者发行股份的股款缴足后，发起人在三十日内未召开创立大会的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人返还。

第九十一条 发起人应当在创立大会召开十五日前将会议日期通知各认股人或者予以公告。创立大会应有代表股份总数过半数的认股人出席，方可举行。





创立大会行使下列职权：

- (一) 审议发起人关于公司筹办情况的报告；
- (二) 通过公司章程；
- (三) 选举董事会成员；
- (四) 选举监事会成员；
- (五) 对公司的设立费用进行审核；
- (六) 对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核；
- (七) 发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的，可以作出不设立公司的决议。

创立大会对前款所列事项作出决议，必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。

### 考点解析

#### (一) 公司设立的概念

公司设立是指公司设立人依照法定的条件和程序，为组建公司并取得法人资格而必须采取和完成的法律行为。

公司设立与公司成立主要有以下区别：①公司设立是一种法律行为，公司成立则是公司设立成功的法律后果。②公司设立阶段，公司尚不具有法人资格，不能以公司法人名义进行法律行为，设立阶段产生的债权债务由设立人承担；公司成立后则取得法人主体资格，能够以自己的名义进行法律行为，产生的债权债务由公司承担。

#### (二) 公司设立的立法原则

公司设立有四种不同的原则，即自由设立原则、特许设立原则、核准设立原则和准则设立原则，在公司法学中，这四个原则被分别概括为自由主义、特许主义、核准主义和准则主义，公司设立原则的不同，决定了公司这种市场主体设立的基本程序的不同，实际上也就形成了不同的市场主体准入制度。

自由主义指政府对公司的设立不施加任何干预，公司设立完全依设立者的主观意愿进行。

特许主义是指公司须经特别立法或基于国家元首的命令方可设立。

核准主义指公司的设立需首先经过政府行政机关的审批许可，然后再经政府登记机关登记注册方可设立。

准则主义是指法律规定公司设立要件，公司只要符合这些要件，经登记机关依法登记即可成立，而无须政府行政机关的事先审批或核准。近些年对该原则也进行了完善，实行所谓的严格准则主义，如进一步严格规定公司的设立要件、加重公司发起人的设立责任，增强公示要求等。

我国公司法对设立有限责任公司和股份有限公司基本上采取严格准则主义，但对个别公司采核准主义。

#### (三) 设立方式

公司设立的方式基本为两种，即发起设立和募集设立，发起设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部



分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。在我国，有限责任公司只能采取发起设立方式，股份有限公司的设立，既可以采取发起设立的方式也可以采取募集设立的方式。

#### （四）设立条件

公司设立的条件通常认为应当由三个要素构成，即人的要素、物的要素和行为要素。所谓人的要素主要是针对股东和发起人的人数和资格；所谓物的要素主要针对公司的资本；所谓行为要素主要针对发起人协议、制定公司章程以及建立组织机构等。根据我国公司法的规定，设立公司应当具备以下基本条件。

##### 1. 股东或发起人符合法定人数

有限责任公司由 50 个以下股东出资设立。

设立股份有限公司，应当有 2 人以上 200 人以下发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所，对其国籍无要求。

##### 2. 股东出资或者发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额

有限责任公司的最低限额为人民币 3 万元，法律、行政法规对有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定；

股份公司最低资本限额为人民币 500 万元。发起设立的由发起人全部认购；募集设立的发起人认购的数额不得少于股份总数的 35%。

##### 3. 依法制定公司章程

有限责任公司的章程由股东共同制定。

股份有限公司，如果采用发起设立就由发起人制订公司章程；如果采用募集方式设立的则在发起人制订公司章程后经创立大会通过。

##### 4. 有公司名称，建立符合公司法要求的组织机构

任何公司都必须建立组织机构。根据《公司法》规定，有限责任公司应当设立股东会、董事会和监事会，但在公司规模较小、股东人数较少的情况下，也可以不设立董事会或者监事会，而只需要设立 1 名执行董事或者 1 至 2 名监事。一人公司和国有独资公司不设股东会。股份有限公司必须设立股东会、董事会和监事会。

##### 5. 有公司住所

公司以其主要办事机构所在地为住所。

#### （五）设立登记

公司设立应当向公司登记机关（在我国为工商行政管理机关）提出申请，办理登记。

##### 1. 公司名称预先核准

设立公司应当申请名称预先核准。法律、行政法规或者国务院决定规定设立公司必须报经批准，或者公司经营范围中属于法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的项目，应当在报送批准前办理公司名称预先核准，并以公司登记机关核准的公司名称报送批准。

设立有限责任公司，应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准；设立股份有限公司，应当由全体发起人指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准。

申请名称预先核准，应当提交下列文件：

（1）有限责任公司的全体股东或者股份有限公司的全体发起人签署的公司名称预先核



准申请书；

(2) 全体股东或者发起人指定代表或者共同委托代理人的证明；

(3) 国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。

预先核准的公司名称保留期为6个月。预先核准的公司名称在保留期内，不得用于从事经营活动，不得转让。公司的名称相当于自然人的姓名，一个公司只能有一个名称。在同一公司登记机关的辖区内，同一行业的公司不允许有相同或类似的名称。有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司或者有限公司字样。股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。

公司的名称一般依次由以下四个部分组成：行政区划、商号（字号）、行业和组织形式，如“江苏春兰制冷设备股份有限公司”。除国务院决定设立的企业外，企业名称不得冠以“中国”、“中华”、“全国”、“国家”、“国际”等字样。无论企业名称冠以或中间使用“中国”、“中华”、“全国”、“国家”、“国际”等字样，都必须由国家工商行政管理局负责核准。企业名称应当使用符合国家规范的汉字，不得使用外国文字、汉语拼音字母、阿拉伯数字。

## 2. 公司设立登记程序

设立有限责任公司，应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记。设立国有独资公司，应当由国务院或者地方人民政府授权的本级人民政府国有资产监督管理机构作为申请人，申请设立登记。设立股份有限公司应由董事会作为申请人。

股份有限公司的设立方式有发起设立和募集设立两种，不同方式下的设立程序有所不同。

(1) 发起设立方式。发起人认购股份→发起人缴清股款→召开创立大会选举董事会和监事会→董事会申请设立登记→公告成立。

(2) 募集设立方式

① 发起人认购股份，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的35%；

② 公告招股说明书，制作认股书；

③ 签订承销协议和代收股款协议。发起人应当同证券公司签订承销协议，并且同银行签订代收股款协议；

④ 召开创立大会。认股人缴清股款并验资完毕后，发起人应当在30日内主持召开公司创立大会。会议应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席，方可举行。创立大会的职权为：审议发起人关于公司筹办情况的报告；通过公司章程；选举董事会成员；选举监事会成员；对公司的设立费用进行审核；对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核；发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的，可以作出不设立公司的决议。

创立大会就上述事项作出决议，必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过；

⑤ 申请设立登记并公告。董事会应于创立大会结束后30日，申请设立登记。

以募集方式设立股份有限公司的，还应当提交创立大会的会议记录；以募集方式设立股份有限公司公开发行股票，还应当提交国务院证券监督管理机构的核准文件。法律、行政法规或者国务院决定规定设立股份有限公司必须报经批准的，还应当提交有关批准文件。



## 真题演练

1. (2006-3-71)<sup>①</sup> 甲、乙二公司拟募集设立一股份有限公司。他们在获准向社会募股后实施的下列哪些行为是违法的?

- A. 其认股书上记载: 认股人一旦认购股份就不得撤回
- B. 与某银行签订承销股份和代收股款协议, 由该银行代售股份和代收股款
- C. 在招股说明书上告知: 公司章程由认股人在创立大会上共同制订
- D. 在招股说明书上告知: 股款募足后将在 60 日内召开创立大会

2. (2007-3-25)<sup>②</sup> 某国有企业拟改制为公司。除 5 个法人股东作为发起人外, 拟将企业的 190 名员工都作为改制后公司的股东, 上述法人股东和自然人股东作为公司设立后的全部股东。根据我国公司法的规定, 该企业的公司制改革应当选择下列哪种方式?

- A. 可将企业改制为有限责任公司, 由上述法人股东和自然人股东出资并拥有股份
- B. 可将企业改制为股份有限公司, 由上述法人股东和自然人股东以发起方式设立
- C. 企业员工不能持有公司股份, 该企业如果进行公司制改革, 应当通过向社会公开募集股份的方式进行
- D. 经批准可以突破有限责任公司对股东人数的限制, 公司形式仍然可为有限责任公司

## 考点二 发起人

### 重点法条

第七十九条 设立股份有限公司, 应当有二人以上二百人以下发起人, 其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

第八十五条 以募集设立方式设立股份有限公司的, 发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五; 但是, 法律、行政法规另有规定的, 从其规定。

第九十四条 股份有限公司成立后, 发起人未按照公司章程的规定缴足出资的, 应当补缴; 其他发起人承担连带责任。

股份有限公司成立后, 发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的, 应当由交付该出资的发起人补足其差额; 其他发起人承担连带责任。

第九十五条 股份有限公司的发起人应当承担下列责任:

- (一) 公司不能成立时, 对设立行为所产生的债务和费用负连带责任;
- (二) 公司不能成立时, 对认股人已缴纳的股款, 负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任;
- (三) 在公司设立过程中, 由于发起人的过失致使公司利益受到损害的, 应当对公司承担赔偿责任。

第九十六条 有限责任公司变更为股份有限公司时, 折合的实收股本总额不得高于公

<sup>①</sup> ABCD

<sup>②</sup> B。





司净资产额。有限责任公司变更为股份有限公司，为增加资本公开发行股份时，应当依法办理。

### 考点解析

发起人是筹办公司的设立事务、认购公司的股份、进行公司设立行为的人。有限责任公司和股份有限公司都存在发起人。

#### （一）发起人的人数与资格

有限责任公司的发起人可以是 50 人以下的任何人数；股份有限公司，应当有 2 人以上 200 人以下发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

发起人资格可以从积极和消极两方面来看。从积极方面来看，自然人、法人、非法人组织以及中国人和外国人都可以成为发起人。从消极方面来看，以下几类人不宜成为发起人：

- （1）无民事行为能力人或限制民事行为能力人；
- （2）国家公职人员；
- （3）受到竞业禁止的人。

#### （二）股份有限公司发起人的义务与责任

##### 1. 发起人的出资义务与责任

（1）以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份；一次缴纳的，应即缴纳全部出资；分期缴纳的，应即缴纳首期出资。以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。发起人不按照上述规定缴纳出资的，应当按照发起人协议的约定承担违约责任。

（2）以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定。

（3）股份有限公司成立后，发起人未按照公司章程的规定缴足出资的，应当补缴；其他发起人承担连带责任。股份有限公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的发起人补足其差额；其他发起人承担连带责任。

##### 2. 发起人在设立公司中的义务和责任

（1）公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；

（2）公司不能成立时，对认股人已缴纳的股款，负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任；

（3）在公司设立过程中，由于发起人的过失致使公司利益受到损害的，应当对公司承担赔偿责任。

### 真题演练

（2008-3-29）<sup>①</sup> 甲股份公司成立后，董事会对公司设立期间发生的各种费用如何承担发生了分歧。下列哪一项费用应当由发起人承担？

A. 发起人蒋某因公司设立事务而发生的宴请费用

<sup>①</sup> D。



- B. 发起人李某就自己出资部分所产生的验资费用
- C. 发起人钟某为论证公司要开发的项目而产生的调研费用
- D. 发起人缪某值班时乱扔烟头将公司筹备组租用的房屋烧毁，筹备组为此向房主支付的5万元赔偿金

### 考点三 公司章程

#### 重点法条

第十一条 设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

第二十五条 有限责任公司章程应当载明下列事项：

- (一) 公司名称和住所；
- (二) 公司经营范围；
- (三) 公司注册资本；
- (四) 股东的姓名或者名称；
- (五) 股东的出资方式、出资额和出资时间；
- (六) 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；
- (七) 公司法定代表人；
- (八) 股东会会议认为需要规定的其他事项。

股东应当在公司章程上签名、盖章。

第八十二条 股份有限公司章程应当载明下列事项：

- (一) 公司名称和住所；
- (二) 公司经营范围；
- (三) 公司设立方式；
- (四) 公司股份总数、每股金额和注册资本；
- (五) 发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间；
- (六) 董事会的组成、职权、任期和议事规则；
- (七) 公司法定代表人；
- (八) 监事会的组成、职权、任期和议事规则；
- (九) 公司利润分配办法；
- (十) 公司的解散事由与清算办法；
- (十一) 公司的通知和公告办法；
- (十二) 股东大会会议认为需要规定的其他事项。

#### 考点解析

##### 1. 公司章程的概念与特点

章程是由发起人制定并对公司及内部诸利益主体具有约束力的调整公司内部组织和行为的具有契约性的自治规则。

章程具有法定性、自治性和公开性。章程的自治性指章程由公司依法自主制定。由公





司自己来执行。章程的公开性指对一般社会公众公开，这主要对股份有限公司而言。

## 2. 公司章程的成立

(1) 有限公司与发起设立的股份公司：经全体股东或发起人同意并在章程上签名盖章，章程成立。

(2) 募集设立股份公司：由发起人负责制订公司章程，而后经创立大会审议通过，章程成立。

(3) 生效时间：公司章程必须采取书面形式。公司章程对于发起人的效力自章程成立即生效；对于公司、管理层的效力自公司成立以后生效。

## 3. 公司章程的效力

公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。公司章程作为公司内部规章。效力仅及于公司和相关当事人，而不具有普遍的约束力。一般不具有对外的约束力，不得对抗善意第三人。

## 4. 公司章程的变更

公司章程的变更是指已经生效的公司章程的修改，变更程序如下：

首先，由董事会提出修改公司章程的提议；

其次，将该提议通知其他股东；

再次，由股东会（股东大会）表决通过。我国公司法规定，有限责任公司必须经代表2/3以上表决权的股东通过；股份有限公司必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

章程变更后，董事会应向工商行政管理机关申请变更登记。公司章程的订立或变更并非以工商登记为生效要件，而为对抗要件。

### 真题演练

(2005-3-25)<sup>①</sup> 甲公司章程规定：董事长未经股东会授权，不得处置公司资产，也不得以公司名义签订非经营性合同。一日，董事长任某见王某开一辆新款宝马车，遂决定以自己乘坐的公司旧奔驰车与王调换，并办理了车辆过户手续。对任某的换车行为，下列哪一种说法是正确的？

- A. 违反公司章程处置公司资产，其行为无效
- B. 违反公司章程从事非经营性交易，其行为无效
- C. 并未违反公司章程，其行为有效
- D. 无论是否违反公司章程，只要王某无恶意，该行为就有效

<sup>①</sup> D。

## 第三讲 公司资本

### 考点一 公司资本

#### 重点法条

第二十六条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。

有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

第二十七条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。

第二十八条 股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

第二十九条 股东缴纳出资后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。

第三十一条 有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额；公司设立时的其他股东承担连带责任。

第三十六条 公司成立后，股东不得抽逃出资。

第八十一条 股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，其余部分由发起人自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。在缴足前，不得向他人募集股份。

股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。

股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。



第九十二条 发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。

## 考点解析

### （一）概念

公司资本也称为股本，它是指由公司章程确定并载明的全体股东的出资总额。

公司资本的具体形态包括：

1. 注册资本。是指公司在设立时筹集的、由章程载明的、经公司登记机关登记注册的资本。

有限责任公司的注册资本为在公司登记机关依法登记的全体股东认缴的出资额。股份有限公司采取发起方式设立的，注册资本为在公司登记机关依法登记的全体发起人认购的股本总额；采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关依法登记的实收股本总额。

2. 认缴资本（发行资本）。是指公司实际上已向股东发行的股本总额。

3. 认购资本。是指出资人同意缴付的出资总额。

4. 实缴资本（实收资本），是指全体股东或者发起人实际交付并经公司登记机关依法登记的出资额或者股本总额。

### （二）公司资本原则

有限责任公司和股份有限公司作为资合公司，其信用基础在于资本的真实和稳定，这样才能保障交易安全，维护债权人的利益。我国公司法对上述两类公司资本的有关规定均反映了传统公司法上“资本三原则”的要求：

1. 资本确定原则，又称法定资本制，是指公司设立时应在章程中载明公司资本总额，并由发起人认足或缴足，否则公司不能成立。现在很少有国家严守此原则。

我国现行《公司法》引入了分期缴纳出资制度，但仍属于法定资本制，对各种公司都规定了最低注册资本。

2. 资本维持原则。是指公司在其存续过程中，应当经常保持与其资本额相当的财产，是资本确定原则的延伸。该原则具体体现在下列制度上：

（1）禁止抽逃出资。股份有限公司的发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。

（2）禁止折价发行。股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。

（3）禁止股份回购。公司不得收购本公司的股票，但是，有下列情形之一的除外：

- ① 减少公司注册资本；
- ② 与持有本公司股份的其他公司合并；
- ③ 将股份奖励给本公司职工；
- ④ 股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。

3. 资本不变原则，是指公司资本总额一旦确定，非经法定程序，不得任意变动。《公





司法》对公司增加注册资本实行股东自治，而对公司减少注册资本则实行严格的限制。

### （三）公司增资、减资

#### 1. 增资

（1）应当由董事会制定方案，提交股东会决议，在有限公司与股份公司，均为特别决议，需要2/3以上多数表决权通过。

（2）有限公司增加注册资本时，股东享有优先按照实缴的出资比例认缴出资的权利，除非全体股东另有规定；但股份公司无此规定。

#### 2. 减资

（1）决议：公司减资，应当由董事会制定方案，提交股东会决议，在有限公司与股份公司，均为特别决议，需要2/3以上多数表决权通过。减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。

（2）编制资产负债表及财产清单。

（3）通知和公告：公司应当自作出减资决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上公告。

（4）清偿与担保：债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自公告之日起45日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应担保。

（5）办理变更登记。

### （四）股东的出资

#### 1. 最低注册资本限额

有限责任公司注册资本的最低限额为人民币3万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

股份有限公司注册资本的最低限额为人民币500万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

《拍卖法》对于拍卖公司、《商业银行法》对于商业银行、《证券法》对于证券公司、《保险法》对于保险公司等都有特殊的最低注册资本要求。

#### 2. 出资缴纳

（1）缴纳期限。有限责任公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的20%，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起2年内缴足；其中，投资公司可以在5年内缴足。

股份有限公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的20%，其余部分由发起人自公司成立之日起2年内缴足；其中，投资公司可以在5年内缴足。在缴足前，不得向他人募集股份。

（2）缴纳方式。股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

（3）价值评估。非货币出资要评估作价，不得高估或者低估，否则，出资人以及评估中介机构要承担相应的责任。有限公司变更为股份公司的，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。

（4）验资证明。股东缴纳出资后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。



### 3. 出资方式

股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。对作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的,从其规定。全体股东的货币出资金额不得低于公司注册资本的30%。依据《公司登记管理条例》第14条的规定,股东不得以劳务、信用、姓名、名称、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。

### (五) 出资瑕疵责任

#### 1. 有限责任公司股东不按规定缴纳出资的责任

有限责任公司股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的,应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户;以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。

股东不按照上述规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

#### 2. 股份有限公司发起人的违约责任

以发起设立方式设立股份有限公司的,发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份;一次缴纳的,应即缴纳全部出资;分期缴纳的,应即缴纳首期出资。以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。

发起人不依照上述规定缴纳出资的,应当按照发起人协议承担违约责任。

#### 3. 股份有限公司发起人不按规定缴纳出资的责任

股份有限公司成立后,发起人未按照公司章程的规定缴足出资的,应当补缴;其他发起人承担连带责任。

#### 4. 非货币出资的差额填补责任

(1) 有限责任公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额;公司设立时的其他股东承担连带责任。

(2) 股份有限公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的发起人补足其差额;其他发起人承担连带责任。

#### 5. 资产评估、验资或者验证机构的责任

承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实,给公司债权人造成损失的,除能够证明自己没有过错的外,在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。

### 真题演练

1. (2005-3-23)<sup>①</sup> 刘、关、张约定各出资40万元设立甲有限公司,因刘只有20万元,遂与张约定由张为其垫付出资20万元。公司设立时,张以价值40万元的房屋评估为60万元骗得验资。后债权人发现甲公司注册资本不实。甲公司欠缴的20万元出资应如何

<sup>①</sup> A。



补交？

- A. 应由刘补交 20 万元，张、关承担连带责任
- B. 应由张补交 20 万元，刘、关承担连带责任
- C. 应由刘、张各补交 10 万元，关承担连带责任
- D. 应由刘、关各补交 10 万元，张承担连带责任

2. (2006-3-68)<sup>①</sup> 甲、乙二公司与刘某、谢某欲共同设立一注册资本为 200 万元的有限责任公司，他们在拟订公司章程时约定各自以如下方式出资。下列哪些出资是不合法的？

- A. 甲公司以其企业商誉评估作价 80 万元出资
- B. 乙公司以其获得的某知名品牌特许经营权评估作价 60 万元出资
- C. 刘某以保险金额为 20 万元的保险单出资
- D. 谢某以其设定了抵押担保的房屋评估作价 40 万元出资

## 考点二 股份发行

### 重点法条

第一百二十六条 股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等。公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。

第一百二十八条 股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。

第一百三十条 公司发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。

公司向发起人、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、法人的名称或者姓名，不得另立户名或者以代表人姓名记名。

### 考点解析

公司向发起人、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、法人的名称或者姓名，不得另立户名或者以代表人姓名记名。

#### 1. 公司股份的含义与分类

股份是股份有限公司特有的概念，它是股份有限公司资本最基本的构成单位。公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。

股份有限公司的股份依据不同的标准，可以划分为不同的种类：

(1) 普通股与优先股。普通股股东有权在公司提取了公积金以及支付了优先股股利后，参与公司的盈余分配，其股利不固定。优先股股东在公司盈余或剩余财产的分配上享有比普通股股东优先的权利，但优先股股东没有表决权。

(2) 表决权股与无表决权股。持有表决权股的股东享有表决权，持有无表决权股的股东不享有表决权（如优先股股东）。

(3) 记名股与无记名股。记名股是指将股东姓名或者名称记载于股票之上的股份。无

<sup>①</sup> ABCD。





记名股是不将股东姓名或名称记载于股票之上的股份。公司向发起人、法人发行的股票应当为记名股票。对社会公众发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。

(4) 额面股与无额面股。额面股是指股票票面标明一定金额的股份。无额面股是指股票不标明金额，只标明每股占公司资本的比例，我国禁止发行无额面股。

(5) 国家股、法人股、个人股、外资股。这是根据投资主体进行的划分。

## 2. 发行的基本规则

(1) 股票的发行应遵循公平、公正、公开原则。

(2) 同股同权原则：同类的每一股份权利同等；同次发行的同类股，每股的发行价格、条件相同；任何人所认购的股份，每股应当支付相同的价额。

(3) 禁止折价发行。

(4) 股份公司成立后向股东交付股票，成立前不得交付。

## 考点三 公司债券

### 重点法条

第一百五十四条 本法所称公司债券，是指公司依照法定程序发行、约定在一定期限还本付息的有价证券。公司发行公司债券应当符合《中华人民共和国证券法》规定的发行条件。

第一百五十七条 公司债券，可以为记名债券，也可以为无记名债券。

第一百六十一条 记名公司债券，由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿。

无记名公司债券的转让，由债券持有人将该债券交付给受让人后即发生转让的效力。

第一百六十二条 上市公司经股东大会决议可以发行可转换为股票的公司债券，并在公司债券募集办法中规定具体的转换办法。上市公司发行可转换为股票的公司债券，应当报国务院证券监督管理机构核准。发行可转换为股票的公司债券，应当在债券上标明可转换公司债券字样，并在公司债券存根簿上载明可转换公司债券的数额。

第一百六十三条 发行可转换为股票的公司债券的，公司应当按照其转换办法向债券持有人换发股票，但债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权。

### 考点解析

公司债券是指公司依照法定条件和程序发行的，约定在一定期限内还本付息的有价证券。公司债券可以转让，转让价格由转让人与受让人约定。公司债券在证券交易所上市交易的，按照证券交易所的交易规则转让。

#### 公司债券的主要种类

1. 记名债券与无记名债券。这是以是否在公司债券上记载公司债券持有人的姓名或者名称为标准划分的。

记名公司债券，由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿。

无记名公司债券的转让，由债券持有人将该债券交付给受让人后即发生转让的效力。



2. 转换公司债券与非转换公司债券。这是以公司债券能否转换成股票为标准划分的。上市公司经股东大会决议可以发行可转换为股票的公司债券，并在公司债券募集办法中规定具体的转换办法。

上市公司发行可转换为股票的公司债券，应当报国务院证券监督管理机构核准。发行可转换为股票的公司债券，应当在债券上标明可转换公司债券字样，并在公司债券存根簿上载明可转换公司债券的数额。持有可转换公司债券的人享有选择权，可以在一定时期内向公司办理转换手续，由债权人变为股东。

3. 有担保公司债券和无担保公司债券。这是以公司发行债券时是否提供偿还本息的担保为标准划分的。



## 第四讲 公司财务、会计

公司应当按照法律、行政法规和国务院财政部门的规定建立本公司的财务、会计制度。所谓财务制度，是指公司资金管理、成本费用的计算、营业收入的分配、货币的管理、公司的财务报告、公司的清算及公司纳税等方面的规程。所谓会计制度，是指会计记账、会计核算等方面的规程。公司的财务制度是通过会计制度来实现的。公司财务会计制度包括财务会计报告制度、公积金制度、公司与中介机构的关系三个方面。

### 考点一 财务会计报告

#### 重点法条

第一百六十五条 公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。财务会计报告应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定制作。

第一百六十六条 有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的二十日前置备于本公司，供股东查阅；公开发行股票股份有限公司必须公告其财务会计报告。

#### 考点解析

公司应当在每一会计年度终了时（公历12月31日）制作完成财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。

##### 1. 财务会计报告的内容

###### （1）资产负债表

资产负债表反映的是某一时点的公司财产总体构成状况，资产负债表的平衡公式是：  
资产总额 = 负债总额 + 所有者权益（净资产）总额。

###### （2）损益表

损益表又称利润表，反映公司一定期间的经营成果及其分配情况的报表。它向人们提供一定期间内的动态的公司营业盈亏的实际情况。

###### （3）财务状况变动表

财务状况变动表综合反映公司一定会计期间内营运资金来源，运用及其增减变动情况的报表。

###### （4）利润分配表

利润分配表反映公司利润分配和年末未分配利润情况的报表。它是损益表的附属明细表。

###### （5）财务情况说明书

财务情况说明书是对财务会计报表所反映的公司财务情况做进一步说明和补充的文书。

##### 2. 公司财务会计报告的提供

有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。股份有限公



公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的20日以前置备于本公司，供股东查阅。以募集方式设立的股份有限公司必须公告其财务会计报告。

## 考点二 公积金

### 重点法条

第一百六十七条 公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取。

公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照前款规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。

公司从税后利润中提取法定公积金后，经股东会或者股东大会决议，还可以从税后利润中提取任意公积金。公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十五条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

股东会、股东大会或者董事会违反前款规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。公司持有的本公司股份不得分配利润。

第一百六十八条 股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金。

第一百六十九条 公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损。

法定公积金转为资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的百分之二十五。

### 考点解析

#### 1. 定义

公积金是指企业根据法律和企业章程的规定提留备用，不作为股利分配的部分所得或收益。

根据公积金的不同来源，可以将其分为盈余公积金和资本公积金。盈余公积金是指企业依法或依企业章程从企业的利润中提取的公积金。资本公积金是指直接由资本、资产或其受益所形成的公积金。

根据公积金的提留是否为法律上的强制性规定，可以将其分为法定公积金和任意公积金。法定公积金是指根据法律的强制性规定而提取的公积金，企业章程和股东会对其提留条件和方式不得予以变更。

法律对企业的积累进行规范，甚至做强制性规定，目的在于防止出资者或股东追求利润分配最大化而可能影响企业的发展，同时也损害出资者或股东的共同利益和长远利益，并可能损害债权人的利益。

#### 2. 公积金的提取

公司分配当年税后利润时，应当提取利润的10%列入公司法定公积金。公司法定公积



金累计额为公司注册资本的 50% 以上的, 可以不再提取。

公司从税后利润中提取法定公积金后, 经股东会或者股东大会决议, 还可以从税后利润中提取任意公积金。

### 3. 资本公积金的构成

股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入, 如法定财产重估增值、接受捐赠的财产价值等, 应当列为公司资本公积金。

### 4. 公积金的用途

公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是, 资本公积金不得用于弥补公司的亏损。

法定公积金转为资本时, 所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的 25%。

## 考点三 公司的收益分配制度

### 重点法条

第一百六十七条 公司分配当年税后利润时, 应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的, 可以不再提取。

公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的, 在依照前款规定提取法定公积金之前, 应当先用当年利润弥补亏损。

公司从税后利润中提取法定公积金后, 经股东会或者股东大会决议, 还可以从税后利润中提取任意公积金。公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润, 有限责任公司依照本法第三十五条的规定分配; 股份有限公司按照股东持有的股份比例分配, 但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

股东会、股东大会或者董事会违反前款规定, 在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的, 股东必须将违反规定分配的利润退还公司。公司持有的本公司股份不得分配利润。

### 考点解析

#### 1. 公司收益分配顺序

公司当年税后利润分配的法定顺序是: ①弥补亏损, 即在公司已有的法定公积金不足以弥补上一年度亏损时, 先用当年利润弥补亏损。②提取法定公积金, 即应当提取税后利润的 10% 列入公司法定公积金; 公司法定公积金累计额为公司注册资本的 50% 以上的, 可以不再提取。③提取任意公积金, 即经股东会或者股东大会决议, 公司可以从税后利润中提取任意公积金。④支付股利, 即将所余利润分配给股东。

#### 2. 股东利润的分配

公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润, 公司依法向股东进行分配。有限责任公司股东按照实缴的出资比例分取红利; 公司新增资本时, 股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是, 全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴



出资的除外。股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

股东会、股东大会或者董事会违反上述规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。

公司持有的本公司股份不得分配利润。



## 第五讲 股东股权

### 考点一 股东权

#### 重点法条

第四条 公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

第二十条 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

第二十一条 公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。

违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

第三十三条 有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：

- (一) 股东的姓名或者名称及住所；
- (二) 股东的出资额；
- (三) 出资证明书编号。

记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。

公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

第三十四条 股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。

股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

第三十五条 股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

#### 考点解析

##### (一) 股东的概念

股东是指向公司出资、持有公司股份、享有股东权利和承担股东义务的人。





股东可以是自然人，可以是法人，可以是非法人组织，还可以是国家，当国家作为股东时需明确代表国家行使股东权的具体组织，例如国有资产监督管理机构。

法律对股东并无行为能力的要求，所以理论上股东可以是限制行为能力人或无行为能力人。当限制行为能力人或无行为能力人作为股东时，由其法定代理人代理其行使股东权利。

## （二）股东的资格

### 1. 依股权的取得的依据不同，可以分为原始取得与继受取得。

#### （1）原始取得

股东在公司设立时或者在公司增资、发行新股时出资即取得股权，其出资的资金来源不影响股权的取得。

#### （2）继受取得

因为受让、受赠、继承、合并、税收等原因可以取得股权。

### 2. 股权凭证

有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。有限责任公司还应当置备股东名册，记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

股份有限公司比有限公司具有更强的公开性和股权流动的自由性，因此其股权凭证较为简单，股票就是股东享有股权的唯一凭证。

## （三）股东权

股东权是股东通过出资所形成的权利。股东权是一种社员权，股东出资创办作为社团法人的公司，成为该法人成员，因而取得社员权。社员权是一种独立类型的权利，包括财产权和管理参与权。

### 1. 股东权的内容

（1）资本收益权：盈余分配权、剩余财产分配权、股份转让权。

（2）参与管理权：出席股东（大）会会议、投票表决权、提议权、提案权、召集主持权、建议质询权。

（3）知情权。

（4）股东诉权：派生诉权、直接诉权。

（5）其他权利：如优先购买权、异议股东回购请求权、新增资本优先认购权等。

### 2. 股东权的分类

股东权中的上述权利可依不同标准进行分类：

（1）依权利行使的目的为标准，可分为自益权与共益权，自益权是指股东专为自己利益行使的权利，如发给股票或其他股权证明请求权、股份转让权、股息红利分配请求权、公司剩余财产分配权等。共益权是指股东为自己利益同时也为公司利益而行使的权利，如出席股东会并行使表决权、请求法院宣告股东会决议无效权、股东会临时召集请求权或自行召集权等。

（2）依权利主体的不同为标准，可分为普通股股东权和特别股股东权，前者是指一般股东享有的权利，后者则是专属特别股股东所享有的权利。我国《公司法》对此未做





规定。

(3) 依权利的性质为标准,可分为固有权和非固有权,前者指根据《公司法》规定不得以章程或股东会议予以剥夺的权利,如特别权与共益权,后者指可依公司章程或股东会议加以剥夺的权利,自益权多属此类权利。

(4) 依权利的行使方式,可分为单独股东权和少数股东权,前者指股东一人可单独行使的权利,如表决权、股息红利分配请求权、股份转让权等,后者指达不到一定股份数额便不能行使的权利,如股东会临时召集请求权、公司重整申请权等。

### 3. 股东权的基础——知情权

股东知情权是指公司股东了解公司信息和对公司进行监督检查(建议和质询)的权利。

由于股东知情权主要是以查阅公司文件和账簿的方式进行的,所以,股东知情权也就主要表现为股东的查阅权。

(1) 有限责任公司股东的知情权。股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。

(2) 股份有限公司股东知情权。股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告,有权对公司经营提出建议或质询。

### 真题演练

1. (2009-3-25)<sup>①</sup> 股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告,对公司的经营提出建议或者质询。关于股东的表述,下列哪一选项是正确的?

- A. 股东应当具有完全民事行为能力
- B. 股东资格可以作为遗产继承
- C. 非法人组织不能成为公司的股东
- D. 外国自然人不能成为我国公司的股东

2. (2008-3-31)<sup>②</sup> 甲公司出资 20 万元、乙公司出资 10 万元共同设立丙有限责任公司。丁公司系甲公司的子公司。在丙公司经营过程中,甲公司多次利用其股东地位通过公司决议让丙公司以高于市场同等水平的价格从丁公司进货,致使丙公司产品因成本过高而严重滞销,造成公司亏损。下列哪一选项是正确的?

- A. 丁公司应当对丙公司承担赔偿责任
- B. 甲公司应当对乙公司承担赔偿责任
- C. 甲公司应当对丙公司承担赔偿责任
- D. 丁公司、甲公司共同对丙公司承担赔偿责任

3. (2007-3-78)<sup>③</sup> 湘东船运有限公司共 8 个股东,除股东甲外,其余股东都已足额出资。某次股东会上,7 个股东一致表决同意因甲未实际缴付出资而不能参与当年公司利润分配。3 个月后该公司船只燃油泄漏,造成沿海养殖户巨大损失,公司的全部资产不足

- ① B。
- ② C。
- ③ ABC。



以赔偿。甲向其他7个股东声明：自己未出资，也未参与分配，实际上不是股东，公司的债权债务与己无关。下列哪些选项是正确的？

- A. 甲虽然没有实际缴付出资，但不影响其股东地位
- B. 其他股东决议不给甲分配当年公司利润是符合公司法的
- C. 就公司财产不足清偿的债务部分，只应由甲承担相应的责任，其他7个股东不承担责任
- D. 甲的声明对内具有效力，但不能对抗善意第三人

## 考点二 有限责任公司的股权转让

### 重点法条

第七十二条 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

第七十三条 人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

第七十四条 依照本法第七十二条、第七十三条转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

第七十五条 有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：

（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；

（二）公司合并、分立、转让主要财产的；

（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。

第七十六条 自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。



## 考点解析

### （一）股权转让

#### 1. 内部转让

有限公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

#### 2. 对外转让

（1）限制：股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满30日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

（2）优先权：经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

（3）自治优先：公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

#### 3. 人民法院依法强制转让

人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满20日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

#### 4. 变更手续

依照上述三种规则转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

### （二）异议股东的股份回购请求权

有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：

1. 公司连续5年不向股东分配利润，而公司该5年连续盈利。并且符合本法规定的分配利润条件的；
2. 公司合并、分立、转让主要财产的；
3. 公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

自股东会会议决议通过之日起60日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起90日内向人民法院提起诉讼。

### （三）自然人股东资格的继承

自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。

## 真题演练

1. (2009-3-26)<sup>①</sup> 甲、乙、丙为某有限责任公司股东。现甲欲对外转让其股份，

<sup>①</sup> A。



下列哪一判断是正确的?

- A. 甲必须就此事书面通知乙、丙并征求其意见
- B. 在任何情况下,乙、丙均享有优先购买权
- C. 在符合对外转让条件的情况下,受让人应当将股权转让款支付给公司
- D. 未经工商变更登记,受让人不能取得公司股东资格

2. (2008-3-74)<sup>①</sup> 周某向钱某转让其持有的某有限责任公司的全部股权,并签署了股权转让协议。关于该股权转让和股东的认定问题,下列哪些选项是正确的?

- A. 在公司登记机关办理股权变更登记前股东仍然是周某
- B. 在出资证明书移交给钱某后,钱某即成为公司股东
- C. 在公司变更股东名册后,钱某即成为公司股东
- D. 在公司登记机关办理股权登记后该股权转让取得对抗效力

3. (2007-3-30)<sup>②</sup> 甲乙丙是某有限公司的股东,各占 52%、22% 和 26% 的股份。乙欲对外转让其所拥有的股份,丙表示同意,甲表示反对,但又不愿意购买该股份。乙便与丁签订了一份股份转让协议,约定丁一次性将股权转让款支付给乙。此时甲表示愿以同等价格购买,只是要求分期付款。对此各方发生了争议。下列哪一选项是错误的?

- A. 甲最初表示不愿意购买即应视为同意转让
- B. 甲后来表示愿意购买,则乙只能将股份转让给甲,因为甲享有优先购买权
- C. 乙与丁之间的股份转让协议有效
- D. 如果甲丙都行使优先购买权,就购买比例而言,如双方协商不成,则双方应按照 2:1 的比例行使优先购买权

### 考点三 股份有限公司的股份转让

#### 重点法条

第一百三十九条 股东转让其股份,应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

第一百四十条 记名股票,由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让;转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。股东大会召开前二十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内,不得进行前款规定的股东名册的变更登记。但是,法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的,从其规定。

第一百四十一条 无记名股票的转让,由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

第一百四十二条 发起人持有的本公司股份,自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份,自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。

公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情

<sup>①</sup> CD。

<sup>②</sup> B。





况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

### 考点解析

根据《公司法》的规定，股份有限公司股东持有的股份可以依法自由转让，具体体现在：

#### 1. 转让场所

股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

#### 2. 转让方式

(1) 记名股票。由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。

股东大会召开前 20 日内或者公司决定分配股利的基准日前 5 日内，不得进行上述规定的股东名册的变更登记。但是，法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定。

(2) 无记名股票，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

#### 3. 对特殊主体转让股份的限制

(1) 发起人持有的本公司股份。自公司成立之日起 1 年内不得转让。

(2) 公司公开发行股份前已发行的股份。自公司股票在证券交易所上市交易之日起 1 年内不得转让。

(3) 公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的 25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起 1 年内不得转让。

上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。

公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

#### 4. 禁止接受本公司股份质押

公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

### 真题演练

1. (2003 - 3 - 63)<sup>①</sup> 下列有关股份有限公司的股份转让的表述哪些是正确的？

- A. 发起人持有的本公司的股份，自公司成立之日起 5 年内不得转让
- B. 通常情形下，公司不得收购本公司的股票
- C. 公司董事、监事、经理所持有的本公司的股份在任职期间内不得转让
- D. 公司不得接受本公司的股票作为质权的标的

<sup>①</sup> BD (当年公布的为 BCD)。

2. (2006-3-26)<sup>①</sup> 甲上市公司在成立 6 个月时召开股东大会, 该次股东大会通过的下列决议中哪项符合法律规定?

- A. 公司董事、监事、高级管理人员持有的本公司股份可以随时转让
- B. 公司发起人持有的本公司股份自即日起可以对外转让
- C. 公司收回本公司已发行股份的 4% 用于未来 1 年内奖励本公司职工
- D. 决定与乙公司联合开发房地产, 并要求乙公司以其持有的甲公司股份作为履行合同的质押担保

3. (2004-3-68)<sup>②</sup> 东方股份有限公司经批准公开发行股票并已上市, 依据我国《公司法》的规定, 该公司在下列哪些情况下方可回购本公司的股票?

- A. 平抑股市, 扭转本公司股票下跌趋势
- B. 减少本公司注册资本
- C. 与持有本公司股票的其他公司合并
- D. 用于奖励本公司优秀员工和推行职工持股计划

---

① C。  
② BC。



## 第六讲 公司组织机构

### 考点一 股东（大）会

#### 重点法条

第三十七条 有限责任公司股东会由全体股东组成，股东会是公司的权力机构，依照本法行使职权。

第三十八条 股东会行使下列职权：

- （一）决定公司的经营方针和投资计划；
- （二）选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；
- （三）审议批准董事会的报告；
- （四）审议批准监事会或者监事的报告；
- （五）审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；
- （六）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- （七）对公司增加或者减少注册资本作出决议；
- （八）对发行公司债券作出决议；
- （九）对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；
- （十）修改公司章程；
- （十一）公司章程规定的其他职权。

对前款所列事项股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

第九十九条 股份有限公司股东大会由全体股东组成，股东大会是公司的权力机构，依照本法行使职权。

第一百零一条 股东大会应当每年召开一次年会。有下列情形之一的，应当在两个月内召开临时股东大会：

- （一）董事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的三分之二时；
- （二）公司未弥补的亏损达实收股本总额三分之一时；
- （三）单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求时；
- （四）董事会认为必要时；
- （五）监事会提议召开时；
- （六）公司章程规定的其他情形。

第一百零二条 股东大会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。

董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；







监事会不召集和主持的，连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。

## 考点解析

股东（大）会作为公司法人的意思形成机关，掌握着公司经营管理的最重要的权利，是公司的权力机构。每一个股东参与股东（大）会，通过表决机制所形成的意思就是公司法人的意思，这种意思是一种团体意思，区别于任何一个单个股东的意思。当然，股东能否决定该团体意思的内容，还要看其表决权的大小，依照一股一权的多数表决原则，股权比例的大小直接决定了股东在股东（大）会上的影响力。股东（大）会由公司全体股东组成，在有限公司为股东会，在股份公司为股东大会。

### （一）有限责任公司股东会

#### 1. 组成和职权

股东会由公司全体股东组成。是公司的最高权力机关，对公司的重大事项作出决议。具体的职权范围见《公司法》第38条。股东会作出决议原则上采取召集会议的方式，但股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

#### 2. 股东会会议的召开

股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议按照公司章程的规定按时召开。代表1/10以上表决权的股东、1/3以上的董事、监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

股东会会议的召集人，除首次会议由出资最多的股东召集和主持外，应由董事会召集，董事长主持。董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。

除公司章程另有规定或全体股东另有约定的以外，召开股东会会议，应于会议召开15日以前通知全体股东。股东会应当对所议事项的决定作成会议记录。凡出席会议的股东均应在会议记录上签名。

#### 3. 表决程序

股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，即“资本多数决”，但是公司章程另有规定的除外。

股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。但是，下列五种事项属于特别决议，必须经代表2/3以上的表决权的股东通过：①对公司增加或者减少注册资本；②分立、合并；③公司解散；④变更公司形式；⑤修改公司章程。

### （二）股份有限公司股东大会

#### 1. 组成和职权

股份有限公司股东大会由全体股东组成，股东大会是公司的权力机构，股份有限公司股东大会的职权同有限责任公司股东会，具体的职权范围见《公司法》第100条。





## 2. 股东大会的召开

股东大会会议可分为年会和临时会议。年会每年一次，临时股东大会在有下列情形之一时，应当在2个月内召开：

- (1) 董事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的2/3时；
- (2) 公司未弥补的亏损达实收股本总额1/3时；
- (3) 单独或者合计持有公司10%以上股份的股东请求时；
- (4) 董事会认为必要时；
- (5) 监事会提议召开时；
- (6) 公司章程规定的其他情形。

## 3. 股东大会的召集和主持

其规则与上述有限公司股东会相同，唯一区别是：自行召集和主持会议的股东或者合计持有公司10%以上股份的股东必须连续90日以上持股，有限公司没有持股时间的要求。

## 4. 股东大会的程序保障

召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开20日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开15日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开30日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

股东大会不得对上述通知中未列明的事项作出决议。

无记名股票持有人出席股东大会会议的，应当于会议召开5日前至股东大会闭会时将股票交存于公司。

## 5. 表决规则

(1) 强行资本多数表决。必须按照出资比例行使表决权，不允许章程有不同的规定，这是与有限公司最大的不同，但是公司持有的本公司的股份无表决权。

(2) 累积投票制。股东大会选举董事、监事，可以根据公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。所谓累积投票制，是指股东大会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。

(3) 委托投票制。股东可以委托代理人出席股东大会会议，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。代理人不以具有股东身份为限。

(4) 交存无记名股票。无记名股票持有人出席股东大会会议的，应当于会议召开5日前至股东大会闭会时将股票交存于公司。

## 6. 股东大会中股东的提案权与质询权

(1) 提案权。单独或者合计持有公司3%以上股份的股东，可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交董事会；董事会应当在收到提案后2日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东大会审议。临时提案的内容应当属于股东大会职权范围，并有明确议题和具体决议事项。

(2) 质询权。股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。

董事、高级管理人员应当如实向监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

## 7. 会议记录

股东大会应当对所议事项的决定作成会议记录，主持人、出席会议的董事应当在会议

记录上签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

### 真题演练

(2003-3-89~90) 甲股份有限公司经董事会决议, 变更公司章程, 在其营业范围中增加“制售成衣”一项, 但尚未向工商行政管理部门办理变更登记手续。董事长刘某未经授权与乙纺织厂签订一项定购布料的合同, 并代表公司签发以某银行为付款人、乙为收款人的汇票一张给乙, 作为定金。乙因欠丙货款, 将该票据背书转让给丙, 丙又背书转让给丁。票据到期后, 丁涂销了乙的背书。请回答以下 89~92 题。

89. ① 对甲公司变更公司章程的行为, 下列判断中正确的是:

- A. 因其是董事会作出的决议, 故不能发生变更效力
- B. 董事会可以对此作出决议, 但其未向工商机关办理变更登记而不发生变更效力
- C. 应由股东会作出决议, 自决议生效时发生变更效力
- D. 应由董事会作出决议, 并自办理变更登记时发生变更效力

90. ② 对甲公司与乙纺织厂之间的购货合同, 下列判断中正确的是:

- A. 因甲公司尚未办理营业范围的变更登记手续, 故无效
- B. 因董事长刘某未经授权, 故无效
- C. 尽管甲公司的行为违反了登记管理方面的规定, 但购货合同有效
- D. 购货合同如获得甲公司的追认即有效

## 考点二 董事会

### 重点法条

第四十六条 董事任期由公司章程规定, 但每届任期不得超过三年。董事任期届满, 连选可以连任。

董事任期届满未及时改选, 或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的, 在改选出的董事就任前, 原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定, 履行董事职务。

第四十七条 董事会对股东会负责, 行使下列职权:

- (一) 召集股东会会议, 并向股东会报告工作;
- (二) 执行股东会的决议;
- (三) 决定公司的经营计划和投资方案;
- (四) 制订公司的年度财务预算方案、决算方案;
- (五) 制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案;
- (六) 制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案;
- (七) 制订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案;
- (八) 决定公司内部管理机构的设置;

① C。

② C。





(九) 决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；

(十) 制定公司的基本管理制度；

(十一) 公司章程规定的其他职权。

第五十条 有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，行使下列职权：

(一) 主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；

(二) 组织实施公司年度经营计划和投资方案；

(三) 拟订公司内部管理机构设置方案；

(四) 拟订公司的基本管理制度；

(五) 制定公司的具体规章；

(六) 提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；

(七) 决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；

(八) 董事会授予的其他职权。

公司章程对经理职权另有规定的，从其规定。

经理列席董事会会议。

第五十一条 股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。

执行董事的职权由公司章程规定。

第一百零九条 股份有限公司设董事会，其成员为五人至十九人。

董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

本法第四十六条关于有限责任公司董事任期的规定，适用于股份有限公司董事。

本法第四十七条关于有限责任公司董事会职权的规定，适用于股份有限公司董事会。

## 考点解析

### 1. 有限公司

#### (1) 董事会的组成、任期和职权

董事会成员为3~13人。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中也可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。董事会是公司业务的执行机关，对股东会负责，具体的职权范围见《公司法》第47条。

股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。执行董事的职权由公司章程规定。

董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过3年。董事任期届满，连选可以连任。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。

#### (2) 董事会会议的召集和议事规则

董事会的召集与主持：董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不



履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

议事方式和表决程序：除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。

会议记录：董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

表决规则：董事会决议的表决，实行一人一票。

## 2. 股份公司

### (1) 董事会的组成、任期和职权

股份有限公司设董事会，其成员为5~19人。董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。股份有限公司董事任期的规定和董事会职权的规定同有限责任公司。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事履行职务。

### (2) 董事会会议的召开

例会：董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开10日前通知全体董事和监事。

临时会议：代表1/10以上表决权的股东、1/3以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后10日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

### (3) 董事会表决规则

董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。

董事会决议的表决，实行一人一票。

董事会会议，应由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权范围。

董事会应当对会议所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

## 真题演练

1. (2006-3-94)<sup>①</sup> 若丙公司章程对《投资协议》的内容予以确认，则丙公司董事会的下列何种行为符合法律规定？

- A. 选举乙公司董事长帅某为丙公司董事长
- B. 任命公司监事、甲公司代表马某为财务总监
- C. 任命帅某为公司总经理

<sup>①</sup> AC。



D. 决定斥资 500 万元参股某广告公司

2. (2006-3-95)<sup>①</sup> 丙公司成立后签订了收购乙公司资产的合同并已支付部分价款。甲公司为获得丙公司的经营控制权, 于某日提请召开临时董事会, 该次临时董事会作出的下列何种决议违反公司法的规定?

- A. 收购乙公司资产的未付价款暂停支付
- B. 同意甲公司代表秦某辞去丙公司监事职务, 改任丙公司董事
- C. 任命秦某担任丙公司总经理
- D. 解除帅某的公司总经理职务

3. (2008-3-77)<sup>②</sup> 华胜股份有限公司于 2006 年召开董事会临时会议, 董事长甲及乙、丙、丁、戊等共五位董事出席, 董事会中其余 4 名成员未出席。董事会表决之前, 丁因意见与众人不合, 中途退席, 但董事会经与会董事一致通过, 最后仍作出决议。下列哪些选项是错误的?

- A. 该决议有效, 因其已由出席会议董事的过半数通过
- B. 该决议无效, 因丁退席使董事的同意票不足全体董事表决票的二分之一
- C. 该决议是否有效取决于公司股东会的最终意见
- D. 该决议是否有效取决于公司监事会的审查意见

### 考点三 监事会

#### 重点法条

第一百一十八条 股份有限公司设立监事会, 其成员不得少于三人。

监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表, 其中职工代表的比例不得低于三分之一, 具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席一人, 可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议; 监事会主席不能履行职务或者不履行职务的, 由监事会副主席召集和主持监事会会议; 监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的, 由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

本法第五十三条关于有限责任公司监事任期的规定, 适用于股份有限公司监事。

#### 考点解析

##### (一) 有限公司

##### 1. 监事会的组成和任期

有限责任公司设立监事会, 其成员不得少于 3 人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司, 可以设 1 至 2 名监事, 不设立监事会。监事会应当包括股东代表和适当比例的

① B。  
② ACD。



公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。监事会设主席1人，由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举1名监事召集和主持监事会会议。董事、高级管理人员不得兼任监事。

监事的任期每届为3年。监事任期届满，连选可以连任。

## 2. 监事会（监事）的职权

（1）检查公司财务；

（2）对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；

（3）当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；

（4）提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；

（5）向股东会会议提出提案；

（6）依照《公司法》有关规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；

（7）列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议；

（8）发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担；

（9）公司章程规定的其他职权。

监事会、不设监事会的公司的监事行使职权所必需的费用，由公司承担。

## 3. 监事会议事规则

会议：监事会每年度至少召开一次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。

表决：监事会决议应当经半数以上监事通过。

会议记录：监事会应当对所议事项的决定作成会议记录。出席会议的监事应当在会议记录上签名。

## （二）股份公司

### 1. 组成、任期与职权

股份公司必须设立监事会，有限公司与股份公司的监事会组成人员以及兼职禁止完全相同。详见上面的论述。

监事会设主席一名，也可以设副主席，均由全体监事过半数选举产生。

监事会主席的职务是召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行或者不履行该职务的，由监事会副主席履行；监事会副主席不履行的，由半数以上监事共同推举1名监事履行。

### 2. 职权及保障与有限公司相同

### 3. 议事规则

监事会每6个月至少召开一次会议。其余规则与有限公司相同。

## （三）上市公司组织机构的特别规定

上市公司，是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。因为上市公司已经向公众公开发行股票并上市交易，为了防范风险保证投资者的安全，《公司法》对上市公司





治理规定了若干特别制度。这些制度仅适用于上市公司，不适用于非上市公司。

### 1. 上市公司重大事项决策制度

上市公司在1年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额30%的。应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

### 2. 独立董事制度

所谓独立董事是指不在公司担任除董事外的其他职务。并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。独立董事应当按照相关法律法规和公司章程的要求，认真履行职责，维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的合法权益不受损害。独立董事应当独立履行职责，不受上市公司主要股东、实际控制人或者其他与上市公司存在利害关系的单位或个人的影响。

### 3. 董事会秘书制度

上市公司设立董事会秘书。董事会秘书是公司高级管理人员，由董事会委任，对董事会负责。董事会秘书的主要职责是：

(1) 负责公司股东大会和董事会会议的筹备、文件保管，即按照法定程序筹备股东大会和董事会会议，准备和提交有关会议文件和资料。负责保管公司股东名册、董事名册，大股东及董事、监事和高级管理人员持有本公司股票的资料，股东大会、董事会会议文件和会议记录等；

(2) 负责公司股权管理，如协调公司与投资者之间的关系，接待投资者来访，回答投资者咨询，向投资者提供公司披露的资料；

(3) 负责办理公司信息披露事务，保证公司信息披露的及时、准确、合法、真实和完整。

### 4. “关联董事”的表决回避制度

上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。

该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。

出席董事会的无关联关系董事人数不足3人的，应将该事项提交上市公司股东大会审议。

## 考点四 公司董事、监事和高级管理人员的地位和作用

### 重点法条

第一百四十七条 有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：

(一) 无民事行为能力或者限制民事行为能力；

(二) 因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年；

(三) 担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；

(四) 担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年；





(五) 个人所负数额较大的债务到期未清偿。公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的,公司应当解除其职务。

第一百四十九条 董事、高级管理人员不得有下列行为:

- (一) 挪用公司资金;
- (二) 将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储;
- (三) 违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保;
- (四) 违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易;
- (五) 未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务;
- (六) 接受他人与公司交易的佣金归为己有;
- (七) 擅自披露公司秘密;
- (八) 违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

### 考点解析

#### (一) 公司董事、监事、高级管理人员任职资格条件

具有法律规定的下列情形之一者不得担任公司的董事、监事、高级管理人员,包括:

- 1. 无民事行为能力或者限制民事行为能力;
- 2. 因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,被判处有期徒刑,执行期满未逾5年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾5年;
- 3. 担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理,对该公司、企业的破产负有个人责任的,自该公司、企业破产清算完结之日起未逾3年;
- 4. 担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人,并负有个人责任的,自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾3年;
- 5. 个人所负数额较大的债务到期未清偿。

公司违反上述规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的。该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述所列情形的,公司应当解除其职务。

#### (二) 忠实义务和勤勉义务

公司董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务,这是董事、监事、高级管理人员所负义务的两个方面,前者主要是道德品行方面的要求,后者主要是能力方面的要求。在此项义务的要求之下,董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入,不得侵占公司的财产。

##### 1. 公司中董事、高级管理人员负有的忠实义务

董事、高级管理人员不得有下列行为:

- (1) 挪用公司资金;



(2) 将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储;

(3) 违反公司章程的规定, 未经股东会、股东大会或者董事会同意, 将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保;

(4) 违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意, 与本公司订立合同或者进行交易;

(5) 未经股东会或者股东大会同意, 利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会, 自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务;

(6) 接受他人与公司交易的佣金归为己有;

(7) 擅自披露公司秘密;

(8) 违反对公司忠实义务的其他行为。

董事、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。

## 2. 股份有限公司中董事、监事、高级管理人员的特别忠实义务

(1) 公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。

(2) 公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况。

## 3. 董事、监事、高级管理人员对公司的赔偿责任

董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定, 给公司造成损失的, 应当承担赔偿责任。

## (三) 董事、监事、高级管理人员对公司负有的其他义务和责任

股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的, 董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。

董事、高级管理人员应当如实向监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提供有关情况和资料, 不得妨碍监事会或者监事行使职权。

## 考点五 股东在公司治理中的作用

### 重点法条

第二十二条 公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程, 或者决议内容违反公司章程的, 股东可以自决议作出之日起六十日内, 请求人民法院撤销。

股东依照前款规定提起诉讼的, 人民法院可以应公司的请求, 要求股东提供相应担保。

公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的, 人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后, 公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。

第一百五十二条 董事、高级管理人员有本法第一百五十一条规定的情形的, 有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东, 可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼; 监事有本法第一百五十一条规定的情形的, 前述股东可以书面请求董事会或者不设董事



会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

第一百五十三条 董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。

## 考点解析

### （一）股东对公司决议无效与可撤销诉讼

提起决议无效或可撤销之诉的主体主要为小股东，是为了用来牵制大股东恣意作为的法律措施。依据《公司法》第22条的规定，决议无效之诉与可撤销之诉的区别在于：

#### 1. 前者指决议内容违反法律、行政法规。后者包括三种情形：

- （1）会议召集程序违反法律、行政法规与公司章程；
- （2）表决方式违反法律、行政法规与公司章程；
- （3）决议内容违反公司章程。

#### 2. 前者不限于公司股东；后者以公司股东为限。

#### 3. 程序不同：

- （1）前者无期间限制；后者须在决议作出60日内提起，否则法院将不予受理。
- （2）前者无诉讼担保；后者法院可以要求股东提供担保。

两者的共同点在于其法律后果：①一经认定无效或者被撤销，该决议自始无效；②公司根据该决议一经办理变更登记，公司事后应当申请撤销变更登记。

### （二）直接诉讼

根据《公司法》第153条的规定，董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。

### （三）派生诉讼

派生诉讼，又成为代表诉讼、股东代位诉讼，是指当公司的合法权益受到不法侵害而公司却怠于起诉时，公司的股东即以自己的名义起诉，而所获赔偿归于公司的一种诉讼形态。

#### 1. 用尽内部救济

在代表诉讼中，一般来说，股东应当先向公司提出请求，即要求公司就所诉称的错误行为提起诉讼。只有在公司自己没有提起诉讼而又没有正当理由时，才允许股东提起本来属于公司的诉讼，这就是所谓的先诉请求，也叫“用尽公司内部救济原则”。具体而言：

董事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的或者他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，前述股东可以书面请求董事



会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

## 2. 提起诉讼

股东有权在以下三种情况发生时以自己的名义直接向法院提起代表诉讼：

(1) 监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到股东书面请求后拒绝提起诉讼；

(2) 监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼；

(3) 情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的。

## (四) 派生诉讼与直接诉讼的比较

1. 两者产生的根据不同。股东直接诉讼源于股东作为出资人的地位。因而每位股东均享有提起直接诉讼的资格；股东代表诉讼既源于股东作为出资人的地位，又源于其作为公司代表人的地位，因而仅有满足法定条件（例如持股数额不低于一定比例，持股期间不短于一定期限）的股东才有权提起股东代表诉讼。

2. 两者行使的原因不同。直接诉讼是因为股东自身利益受到公司侵害而提起诉讼，代表诉讼则是出于公司利益受到公司机关成员或第三人侵害且在公司怠于救济的情况下提起的诉讼。

3. 两者行使的效力不同。股东直接诉讼中，股东行使的是一种自益权，股东基于个人利益受到损害提起诉讼，因此不论原告股东胜诉或败诉。诉讼后果仅及于原告股东个人；股东代表诉讼中，股东行使的则是一种共益权，股东基于公司的团体性利益受到侵害且公司拒绝或者怠于行使诉权而代位公司提起诉讼，因此若原告股东胜诉，胜诉利益归于公司，而非原告股东；若原告股东败诉，不仅原告股东负担诉讼费用，而且诉讼结果对其他相同处境的股东有拘束力，其他未起诉的股东不得就同一事由再度起诉。

4. 两者被告主体范围不同。直接诉讼中的被告一般为公司股东、董事、监事和职员。但不得为公司外的第三人；而代表诉讼中的被告可以为公司外的第三人，或为公司股东、董事、监事和职员。

## 真题演练

1. (2008-3-76)<sup>①</sup> 甲公司于 2008 年 7 月依法成立，现有数名推荐的董事人选，依照《公司法》规定，下列哪些人员不能担任公司董事？

A. 王某，因担任企业负责人犯重大责任事故罪于 2001 年 6 月被判处三年有期徒刑，2004 年刑满释放

B. 张某，与他人共同投资设立一家有限责任公司，持股 70%，该公司长期经营不善，负债累累，于 2006 年被宣告破产

C. 徐某，2003 年向他人借款 100 万元，为期 2 年，但因资金被股市套住至今未清偿

D. 赵某，曾任某音像公司董事长，该公司因未经著作权人许可大量复制音像制品于 2006 年 5 月被工商部门吊销营业执照，赵某负有个人责任

2. (2006-3-25)<sup>②</sup> 杨某持有甲有限责任公司 10% 的股权，该公司未设立董事会和监事会。杨某发现公司执行董事何某（持有该公司 90% 股权）将公司产品低价出售给其

① CD。

② D。

妻开办的公司，遂书面向公司监事姜某反映。姜某出于私情未予过问。杨某应当如何保护公司和自己的合法利益？

- A. 提请召开临时股东会，解除何某的执行董事职务
- B. 请求公司以合理的价格收回自己的股份
- C. 以公司的名义对何某提起民事诉讼要求赔偿损失
- D. 以自己的名义对何某提起民事诉讼要求赔偿损失

3. (2006-3-43)<sup>①</sup> 甲公司董事会作出了一项决议，部分股东认为该决议违反公司章程，欲通过诉讼请求法院撤销董事会的决议。这些股东应当如何提起诉讼？

- A. 以股东会名义起诉公司
- B. 以公司名义起诉董事会
- C. 以股东名义起诉董事会
- D. 以股东名义起诉公司

4. (2008-3-75)<sup>②</sup> 刘某是甲有限责任公司的董事长兼总经理。任职期间，多次利用职务之便，指示公司会计将资金借贷给一家主要由刘某的儿子投资设立的乙公司。对此，持有公司股权 0.5% 的股东王某认为甲公司应该起诉乙公司还款，但公司不可能起诉，王某便自行直接向法院对乙公司提起股东代表诉讼。下列哪些选项是正确的？

- A. 王某持有公司股权不足 1%，不具有提起股东代表诉讼的资格
- B. 王某不能直接提起诉讼，必须先向董事会或监事会提出请求
- C. 王某应以甲公司的名义起诉，但无需甲公司盖章或刘某签字
- D. 王某应以自己的名义起诉，但诉讼请求应是将借款返还给甲公司

---

① D。  
② BD。



## 第七讲 公司的变更与终止

### 考点一 公司的合并与分立

#### 重点法条

第一百七十三条 公司合并可以采取吸收合并或者新设合并。

一个公司吸收其他公司为吸收合并，被吸收的公司解散。两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并，合并各方解散。

第一百七十四条 公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

第一百七十五条 公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

第一百七十六条 公司分立，其财产作相应的分割。公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。

第一百七十七条 公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

#### 考点解析

##### （一）公司的合并

公司合并，是指两个或两个以上的公司订立合并协议、依照公司法的规定、不经过清算程序、直接结合为一个公司的法律行为。

##### 1. 公司合并的方式

（1）吸收合并，即一个公司吸收其他公司，吸收方保留，被吸收方解散。如 A 公司与 B 公司合并为 A 公司。

（2）新设合并，即两个以上公司合并设立一个新的公司，合并各方解散。如 A 公司与 B 公司合并为 C 公司。

##### 2. 公司合并的程序

合并协议和决议：由合并各方业务执行机关签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。然后由股东大会（或股东会）作出批准与否的决议。各方股东（大）会批准后，合并协议始得生效。

（1）通知和公告：合并各方应当自合并决议生效之日起 10 日内通知其债权人，并于 30 日内在报纸上公告。







(2) 清偿债务或提供担保：债权人自接到通知书之日起 30 日内。未接到通知书的自公告之日起 45 日内。有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

(3) 登记：完成以上程序后，应向公司登记机关办理登记：合并后继续存续的公司，办理变更登记；因合并而解散的公司，办理注销登记；因合并而新设立的公司，办理设立登记。

(4) 债务承担：公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

### 3. 公司合并的后果

公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

## (二) 公司的分立

公司分立是指一个公司通过依法签订分立协议，不经过清算程序，分为两个或两个以上公司的法律行为。

### 1. 公司分立的方式

(1) 新设分立，即原公司解散，原公司分为两个以上的新的企业法人。如 A 公司分立为 B 公司与 C 公司。

(2) 派生分立，即原公司继续存在。由其中分离出来的部分形成新的法人。如 A 公司分立为 B 公司与 A 公司。

### 2. 公司分立的程序

(1) 分立协议和决议：由分立各方业务执行机关签订分立协议，并分割财产及编制资产负债表和财产清单，然后由股东大会（或股东会）作出批准与否的决议。各方股东大会批准后，分立协议始得生效。

(2) 通知和公告：分立各方应当自分立决议生效之日起 10 日内通知其债权人，并于 30 日内在报纸上公告。

(3) 登记：完成以上程序后，应向公司登记机关办理登记：分立后继续存续的公司，办理变更登记；因分立而解散的公司。办理注销登记；因分立而新设立的公司，办理设立登记。

### 3. 公司分立的后果

公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

## (三) 公司合并和分立中对利害关系人的保护

### 1. 公司合并中对利害关系人的保护

(1) 对债权人的利益保护。①债权人异议权。债权人如对公司合并存在异议，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。②公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

(2) 对少数股东的利益保护。对股东会关于公司合并的决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。

### 2. 公司分立中对利害关系人的保护

(1) 对债权人的利益保护：公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，





公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

(2) 对少数股东的利益保护。对股东会关于公司分立的决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。

### 真题演练

1. (2009-3-72)<sup>①</sup> 甲公司欠乙公司货款 100 万元、丙公司货款 50 万元。2009 年 9 月, 甲公司与丁公司达成意向, 拟由丁公司兼并甲公司。乙公司原欠丁公司租金 80 万元。下列哪些表述是正确的?

- A. 甲公司与丁公司合并后, 两个公司的法人主体资格同时归于消灭
- B. 甲公司与丁公司合并后, 丁公司可以向乙公司主张债务抵销
- C. 甲公司与丁公司合并时, 丙公司可以要求甲公司或丁公司提供履行债务的担保
- D. 甲公司与丁公司合并时, 应当分别由甲公司和丁公司的董事会作出合并决议

2. (2005-3-26)<sup>②</sup> 某市国有资产管理部门决定将甲、乙两个国有独资公司撤销, 合并成立甲股份有限公司, 合并后的甲股份有限公司仍使用原甲公司的字号, 该合并事项已经有关部门批准现欲办理商业登记。甲股份有限公司的商业登记属于下列哪一类型的登记?

- A. 兼并登记
- B. 设立登记
- C. 变更登记
- D. 注销登记

## 考点二 公司的解散

### 重点法条

第一百八十一条 公司因下列原因解散:

- (一) 公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现;
- (二) 股东会或者股东大会决议解散;
- (三) 因公司合并或者分立需要解散;
- (四) 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销;
- (五) 人民法院依照本法第一百八十三条的规定予以解散。

第一百八十二条 公司有本法第一百八十一条第(一)项情形的, 可以通过修改公司章程而存续。依照前款规定修改公司章程, 有限责任公司须经持有三分之二以上表决权的股东通过, 股份有限公司须经出席股东大会会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

第一百八十三条 公司经营管理发生严重困难, 继续存续会使股东利益受到重大损失, 通过其他途径不能解决的, 持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东, 可以请求人民法院解散公司。

### 考点解析

公司解散是指公司因发生章程规定或法律规定的解散事由而停止业务活动, 最终失去

① BC。  
② B。



法律人格的法律行为。

### （一）公司解散的原因

1. 约定解散：公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；
2. 决议解散：股东会或者股东大会决议解散；
3. 合并、分立可能导致的解散：因公司合并或者分立需要解散；
4. 行政解散：公司违反法律、行政法规的规定被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
5. 司法解散：股东请求法院强制解散公司。即公司僵局的解决途径。

《公司法》规定，如果公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

#### （1）司法解散公司的构成要件

① 公司经营管理发生严重困难。这种情况就是所谓的公司僵局，“公司僵局”是指公司在存续运行中由于股东、董事之间矛盾激化而处于僵持状况，导致股东会、董事会等公司机关不能按照法定程序作出决策，从而使公司陷入无法正常运转，甚至瘫痪的状况。

但是，股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，法院不予受理。

② 继续存续会使股东利益受到重大损失。

③ 通过其他途径不能解决，即要“用尽公司内部救济”。

#### （2）原告股东的资格

持有公司全部股东表决权10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

#### （3）公司的诉讼地位

在原告股东提起解散公司之诉时，应当将公司列为被告。

### （二）公司免于解散而存续

公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时，可以通过修改公司章程而存续。对此种章程修改，有限责任公司须经持有2/3以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东大会会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

### （三）公司解散的法律后果

1. 公司除因合并或分立解散无须清算，以及因破产而解散的公司适用破产清算程序外，其他解散的公司，都应当按公司法的规定进行清算。

2. 解散中的公司，其法人资格仍然存在，但公司的权利能力仅限于清算活动必要的范围内。

3. 公司原有的法定代表人和业务执行机关丧失权力，由清算人接替之。

### 真题演练

1. (2009-3-73)① 甲为某有限公司股东，持有该公司15%的表决权股。甲与公司的另外两个股东长期意见不合，已两年未开成公司股东会，公司经营管理出现困难，甲与

① AC。



其他股东多次协商未果。在此情况下，甲可以采取下列哪些措施解决问题？

- A. 请求法院解散公司
- B. 请求公司以合理的价格收购其股权
- C. 将股权转让给另外两个股东退出公司
- D. 经另外两个股东同意撤回出资以退出公司

2. (2006-3-32)<sup>①</sup> 汪某与李某拟设立一注册资本为 50 万元的有限责任公司，其中汪某出资 60%，李某出资 40%。在他们拟订的公司章程中，下列哪项条款是不合法的？

- A. 公司不设董事会，公司的法人代表由公司经理担任
- B. 公司不设监事会，公司的执行监事由股东汪某担任
- C. 公司利润在弥补上一年度亏损并提取公积金后，由股东平均分配
- D. 公司经营期限届满前，股东不得要求解散公司

### 考点三 公司的清算

#### 重点法条

第一百八十四条 公司因本法第一百八十一条第（一）项、第（二）项、第（四）项、（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

第一百八十五条 清算组在清算期间行使下列职权：

- （一）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；
- （二）通知、公告债权人；
- （三）处理与清算有关的公司未了结的业务；
- （四）清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；
- （五）清理债权、债务；
- （六）处理公司清偿债务后的剩余财产；
- （七）代表公司参与民事诉讼活动。

#### 考点解析

除公司合并、分立不需要经过清算外，其他公司解散的情形都需清算。公司清算是指解散的公司清理债权债务、分配剩余财产、了结公司的法律关系，从而使公司归于消灭的程序。

公司清算分为破产清算程序和非破产清算程序。前者适用《破产法》规定的程序，后者适用《公司法》规定的程序。我国《公司法》规定的清算程序如下：

##### 1. 成立清算组

根据《公司法解释（二）》第 7 条规定，公司应当在解散事由出现之日起 15 日内成立清算组，开始清算。清算组是指在公司清算期间负责清算事务执行的法定机构。有限责

<sup>①</sup> D。



任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

## 2. 清算组的职权、义务和责任

### (1) 清算组的职权

包括了代表公司参与民事诉讼活动等，根据《公司法解释（二）》第10条的规定，公司依法清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼，应当以公司的名义进行；公司成立清算组的，由清算组负责人代表公司参加诉讼；尚未成立清算组的，由原法定代表人代表公司参加诉讼。

清算组作为一个组织，扮演着清算公司法人执行机关之角色，其负责人类似于公司法定代表人，清算组一经成立，即从董事会处接管公司执行权。

### (2) 清算组的义务和责任

清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。

清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

## 3. 清算程序

### (1) 通知和公告

清算组应当自成立之日起10日内通知债权人。并于60日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自公告之日起45日内，向清算组申报其债权。

债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间。清算组不得对债权人进行清偿。

### (2) 制定清算方案和处分公司财产

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。

公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

### (3) 清算结束

公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。

## 4. 清算法人

解散的公司处于清算阶段的，其法人资格仍然存在，被称为清算法人，但清算法人的权利能力仅限于清算活动必要的范围内，不得开展与清算无关的经营活动，也即其营业资格已经丧失；否则，没收经营活动所得。公司原有的法定代表人和业务执行机关丧失权力，由清算组接替。

### 真题演练

1. (2007-3-79)<sup>①</sup> 庐阳公司系某集团公司的全资子公司。因业务需要，集团公司

<sup>①</sup> BC。



决定庐阳公司分立为两个公司。鉴于庐阳公司已有的债权债务全部发生在集团公司内部，下列哪些选项是正确的？

- A. 庐阳公司的分立应当由庐阳公司的董事会作出决议
- B. 庐阳公司的分立应当由集团公司作出决议
- C. 庐阳公司的分立只需进行财产分割，无需进行清算
- D. 因庐阳公司的债权债务均发生于集团公司内部，故其分立无需通知债权人

2. (2008-3-32)<sup>①</sup> 甲、乙、丙三人共同设立云台有限责任公司，出资比例分别为70%、25%、5%。自2005年开始，公司的生产经营状况严重恶化，股东之间互不配合，不能作出任何有效决议，甲提议通过股权转让摆脱困境被其他股东拒绝。下列哪一选项是正确的？

- A. 只有控股股东甲可以向法院请求解散公司
- B. 只有甲、乙可以向法院请求解散公司
- C. 甲、乙、丙中任何一人都可向法院请求解散公司
- D. 不应解散公司，而应通过收购股权等方式解决问题

3. (2005-3-24)<sup>②</sup> 某有限责任公司股东会决定解散该公司，其后股东会、清算组所为的下列哪一行为不违反我国法律的规定？

- A. 股东会选派股东甲、股东乙和股东丙组成清算组，未采纳股东丁提出吸收一名律师参加清算组的建议
- B. 清算组成立次日，将公司解散一事通知了全体债权人并发出公告，一周内全体债权人均申报了债权，随后清算组在报纸上又发布了一次最后公告
- C. 在清理公司财产过程中，清算组发现设备贬值，变现收入只能够清偿75%的债务，遂与债权人达成协议：剩余债务转由股东甲负责偿还，清算继续进行
- D. 在编制清算方案时，清算组经职工会同意，决定将公司所有的职工住房优惠出售给职工，并允许以部分应付购房款抵销公司所欠职工工资和劳动保险费用

4. (2003-3-56)<sup>③</sup> 渝城有限责任公司因章程规定营业期限届满而解散，成立了清算组。清算组在清算期间实施的下列行为哪些是错误的？

- A. 为抵偿甲公司债务而承揽了甲公司的一项工程
- B. 以清算组为原告起诉一债务人
- C. 留足偿债资金后将公司财产按比例分配给各股东
- D. 从公司财产中优先支付清算费用

5. (2007-3-76)<sup>④</sup> 一枝花有限公司因营业期限届满解散，并依法成立了清算组，该清算组在清算过程中实施的下列哪些行为是合法的？

- A. 为使公司股东分配到更多的剩余财产，将公司的库房出租给甲公司收取租金
- B. 为减少债务利息，在债权申报期间清偿了可以确定的乙公司债务
- C. 通知公司的合作伙伴丙公司解除双方之间的供货合同并对其作出相应赔偿
- D. 代表公司参加了一项仲裁活动并与对方当事人达成和解协议

① B。

② AB (当年公布的答案为A)。

③ AC。

④ CD。

## 第二章 《合伙企业法》

### 第八讲 合伙企业概述

#### 考点一 法律特征

##### 重点法条

第二条 本法所称合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。本法对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

第三条 国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

第六条 合伙企业的生产经营所得和其他所得，按照国家有关税收规定，由合伙人分别缴纳所得税。

##### 考点解析

1. 以合伙协议为基础。只有全体合伙人毫无保留地接受了合伙协议的全部条款，合伙企业才能产生。

2. 以共同出资为前提。合伙企业的原始财产只能来自于合伙人的出资，这是合伙企业这种营利性组织的物质基础。

3. 合伙人共同经营、共享收益、共担风险。虽然有限合伙企业中的有限合伙人并不执行合伙事务，且其收益和风险与普通合伙人也有区别，但本质上仍不失为这一特征。

4. 合伙事务可以授权部分合伙人执行。每一位合伙人平等的经营管理权的享有，并不意味着合伙人必须亲自行使该权利，无论普通合伙企业还是有限合伙企业，都可以有一个或者几个合伙人负责执行合伙事务。

5. 极强的人合性和延续的可能性。合伙企业的人合性高于公司企业，包括有限公司。合伙人的纷争或者某一合伙人的退出、死亡、丧失行为能力都可以导致合伙企业的解散。当然，这并不影响合伙企业在理论上可以继续维持下去。



## 考点二 法律地位

### 考点解析

我国立法以及理论通说均明确肯定合伙企业的民事主体资格，但同时又否定其具有法人资格，其应属于在自然人、法人之外的第三类民事主体。在这一点上，合伙企业区别于简易的个人合伙。依照有关司法解释，个人合伙关系仅仅具有契约的性质，不具有民事主体资格和诉讼主体资格。合伙企业成为民事主体的依据是：

1. 具有相对独立的财产。合伙人以非货币出资的应依法办理财产权的转移手续；合伙人出资、以合伙企业名义取得的收益以及依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产；且在合伙企业清算前合伙人不得请求分割。

2. 经营管理上具有相对独立性。一般而言，涉及合伙企业不动产、其他重要财产处分以及变更名称等事项，都需要全体合伙人一致同意的意思表示。这一意思表示区别于单个合伙人的意思，也非各个合伙人意思表示的简单相加，是一种类似的团体意思。

3. 在经营责任承担上具有相对独立性。由于普通合伙人对合伙企业的债务承担连带责任，说明合伙企业的债务承担与合伙人的个人债务承担存在牵连。但是，这毕竟是一合伙企业自身财产先来清偿为前提。只有在合伙企业的财产不足以清偿债务时，才有普通合伙人承担责任的问题。

## 考点三 分类

### 重点法条

第五十五条 以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构，可以设立为特殊的普通合伙企业。

特殊的普通合伙企业是指合伙人依照本法第五十七条的规定承担责任的普通合伙企业。

特殊的普通合伙企业适用本节规定；本节未作规定的，适用本章第一节至第五节的规定。

第五十六条 特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。

第五十七条 一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。

第五十八条 合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

第五十九条 特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险。







执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单独立户管理。具体管理办法由国务院规定。

第一百零七条 非企业专业服务机构依据有关法律采取合伙制的，其合伙人承担责任的形式可以适用本法关于特殊的普通合伙企业合伙人承担责任的规定。

### 考点解析

#### 1. 显名合伙和隐名合伙

以合伙中是否存在不公开合伙人身份、姓名且不参与合伙事务管理的合伙人为标准将合伙分为显名合伙和隐名合伙。隐名合伙人仅出资，不参与经营管理，也不直接对外承担责任。依照我国合伙企业法的规定，我国的有限合伙人仍然要载明其身份、名称或者姓名，故不属于隐名合伙。

#### 2. 有限合伙和普通合伙

以合伙中是否存在承担有限责任的合伙人为标准，将合伙企业分为有限合伙和普通合伙。如所有合伙人均对合伙企业债务承担无限连带责任，则为普通合伙；如至少有1名普通合伙人和1名负有限责任的合伙人，则为有限合伙。我国合伙企业法承认、确立了这一分类。

#### 3. 一般的普通合伙企业和特殊的普通合伙企业

普通合伙企业又分为一般的普通合伙企业与特殊的普通合伙企业。特殊的普通合伙企业的特殊性：

(1) 适用对象。以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构如会计师事务所、审计师事务所、评估师事务所等。非企业专业服务机构采用合伙制的，亦适用之。

(2) 责任机制。原则上，特殊的普通合伙企业本质上还是普通合伙企业，因而，其合伙人原则上都要对合伙企业债务承担无限连带责任。但也有不同于普通合伙企业的如下特殊之处：

对外：①在执业活动中因为其故意或者重大过失造成的合伙企业债务，行为人要承担无限责任或者无限连带责任；其他合伙人对该责任仅承担有限责任。②合伙人在执业活动中，因故意或重大过失造成的合伙企业债务，由全体合伙人承担无限连带责任。③合伙企业其他债务，并非发生在执业中的，仍应由全体合伙人承担无限连带责任。

对内：对上述责任，以合伙企业财产偿付的，该合伙人应当对企业负赔偿责任。

(3) 执业风险基金与职业保险。特殊的普通合伙企业必须办理。执业风险基金应当单户管理，其功能是：偿付合伙人执业活动造成的债务。

## 第九讲 普通合伙企业

### 考点一 合伙企业的设立

#### 重点法条

第十四条 设立合伙企业，应当具备下列条件：

- (一) 有二个以上合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力；
- (二) 有书面合伙协议；
- (三) 有合伙人认缴或者实际缴付的出资；
- (四) 有合伙企业的名称和生产经营场所；
- (五) 法律、行政法规规定的其他条件。

#### 考点解析

##### (一) 普通合伙企业的概念

所谓合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照《合伙企业法》在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。合伙企业的营业执照签发日期，为合伙企业成立日期。

##### (二) 设立合伙企业应当具备的条件：

###### 1. 有两个以上合伙人

(1) 这是合伙人数的下限规定。一个人不成其为合伙组织，一个自然人、法人或者其他组织可以设立一人公司，一个自然人还可以设立个人独资企业，但不成立合伙企业。普通合伙企业没有合伙人数的上限规定，但有限合伙企业不得超过 50 人。

(2) 合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。企业法人也可以成为合伙人，此种情况不会导致企业法人的出资人包括公司股东承担无限连带责任。因为，法律确认所有企业法人，均以自己的全部财产独立承担民事责任。

(3) 公司可以成为合伙人，但国有独资公司、国有企业、上市公司、公益性事业单位、社会团体这四类主体不能成为普通合伙人，只能为有限合伙人。

###### 2. 有书面合伙协议

(1) 合伙协议是合伙成立的法律基础。它是调整合伙人相互之间的权利义务关系的内部法律文件，仅具有对内的效力，只能约束合伙人。

(2) 合伙协议具有普通合同的基本特征：①以当事人地位平等、意思自治为基本原则。②合伙协议的订立包括要约和承诺两个阶段。③合伙协议生效后，对当事人而言就具





有了相当于法律的效力。

(3) 合伙协议是要式合同，经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人按照合伙协议享有权利，履行义务。修改或者补充合伙协议，应当经全体合伙人一致同意；但是，合伙协议另有约定的除外。

(4) 合伙协议与普通合同有重大区别：①当事人所追求的利益是一致的、共同的，而非相对的。这是合伙协议与一般的双务合同具有实质性的差异。②合伙协议是设立合伙企业的前提条件和必要条件，而合伙企业是合伙协议的预计结果。③虽然合伙协议是一种双务有偿合同，但由于它具有团体性，所以民法中有关双务有偿合同的诸多规定并不适用于合伙协议。所以我国《合伙企业法》采用了“合伙协议”而非合伙合同的术语。

### 3. 有认缴或者实际缴付的出资

合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资。也可以用劳务出资。合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。

合伙人以现金或以财产所有权出资的，财产的所有权由全体合伙人共有。出资人不再享有财产的所有权。合伙人退伙或合伙解散时，合伙人只能以分割共有财产的方式收回出资的价值量。合伙人以土地、房屋、商标、专利等使用权出资的，出资人对以上权利仍可以享有所有权，合伙企业只享有使用权和管理权。合伙人退伙或合伙解散时，合伙人有权要求返还原物。

### 4. 有合伙企业的名称和生产经营场所

合伙企业名称中应当标明“普通合伙”字样；特殊的普通合伙表明“特殊普通合伙”字样。

## (三) 设立登记

1. 实行准则主义：只要符合合伙企业的设立条件的，企业登记机关就应该自受理申请之日起20日内予以登记，发给营业执照。

2. 营业执照签发之日为其成立日。所以，在此之前以合伙企业名义从事合伙事务的，因不具有民事主体资格而被禁止。

3. 合伙企业在运营中，登记事项发生变更的，应当及时申请办理变更登记；合伙事务执行人未按期办理变更登记的，应当赔偿由此带给合伙企业、其他合伙人、善意第三人的损失。

## 真题演练

(2007-3-31)<sup>①</sup> 张某打算自己投资设立一企业从事商贸业务。下列哪一选项是错误的？

- A. 张某可以设立一个一人有限责任公司从事商贸业务
- B. 张某可以设立一个个人独资企业从事商贸业务
- C. 如果张某设立个人独资企业，则该企业不能再入伙普通合伙企业
- D. 如果张某设立一人有限责任公司，则该公司可以再入伙普通合伙企业

<sup>①</sup> C。

## 考点二 合伙企业的财产

### 重点法条

第二十条 合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产。

第二十二条 除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。

合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。

第二十三条 合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。

第二十五条 合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

### 考点解析

#### （一）合伙企业财产的范围和性质

##### 1. 范围

合伙企业财产的范围：合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产。

##### 2. 性质

（1）合伙企业本身仅仅具有相对独立的财产权；

（2）合伙企业财产属于合伙人共有，但究竟属于按份共有还是共同共有，我国立法上回避了对其实定性这一敏感性问题。依据《合伙企业法》的规定，有以下具体规则：

合伙人非货币财产出资的，应当依法办理财产权转移手续；在企业清算前，原则上合伙人不得请求分割该财产；合伙人如果私自转移或者处分该财产，合伙企业不得对抗善意第三人。

#### （二）合伙企业财产的处分

合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产。合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗善意第三人。

#### （三）合伙企业财产份额的处分

##### 1. 财产份额的转让

（1）合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。

（2）除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。





合伙人以外的人依法受让合伙人在合伙企业中的财产份额的，经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人，依照合伙企业法和修改后的合伙协议享有权利、履行义务。

## 2. 财产份额的出质

(1) 合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意。

(2) 未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

(3) 无效的质权给善意第三人造成损失的，第三人可以主张出质人对其损失承担缔约过失的损害赔偿赔偿责任。

## 真题演练

1. (2005-3-63)<sup>①</sup> 2000年3月，甲、乙、丙开办一合伙企业，同年6月甲与丁结婚。2005年8月，双方协议离婚，约定将合伙企业中甲的财产份额全部转让给丁。下列哪些说法不正确？

- A. 合伙企业中甲的财产份额属于夫妻共同财产
- B. 如乙、丙同意，丁依法取得合伙人的地位
- C. 如乙、丙不同意丁入伙，必须购买该财产份额
- D. 合伙企业应清算，丁分得甲应得财产份额

2. (2006-3-70)<sup>②</sup> 甲、乙、丙、丁设立一合伙企业，乙是合伙事务的执行人。企业存续期间，甲转让部分合伙份额给丁用于偿债并告知了乙、丙。后甲经乙同意又将部分份额送给其情人杨某。甲妻知情后与甲发生冲突，失手杀死甲而被判刑。甲死后，其妻和16岁的儿子要求继承甲在合伙企业中的份额，各合伙人同意甲妻和甲子的请求。下列哪些表述是正确的？

- A. 丁受让甲的合伙份额为有效
- B. 杨某能够取得甲赠与的合伙份额
- C. 甲妻可以取得合伙人资格
- D. 甲子可以取得合伙人资格

## 考点三 合伙事务的执行

### 重点法条

第二十六条 合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。

按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。

作为合伙人的法人、其他组织执行合伙事务的，由其委派的代表执行。

第三十条 合伙人对合伙企业有关事项作出决议，按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过

<sup>①</sup> ACD。

<sup>②</sup> ACD。



的表决办法。

本法对合伙企业的表决办法另有规定的，从其规定。

第三十一条 除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意：

- (一) 改变合伙企业的名称；
- (二) 改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；
- (三) 处分合伙企业的不动产；
- (四) 转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；
- (五) 以合伙企业名义为他人提供担保；
- (六) 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

第三十二条 合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。

除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外，合伙人不得同本合伙企业进行交易。

合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

第三十三条 合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

## 考点解析

### 1. 合伙人的权利和义务

(1) 权利：①对于合伙事务的执行，合伙人享有同等的权利。②合伙企业的财产分配、亏损承担的比例有合伙协议约定的按协议；无协议约定的由合伙人协商；协商不成的按实缴出资比例分配、负担；无法确定出资比例的均额分配、分担。

(2) 义务：①竞业禁止。合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。②自我交易禁止。除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外，合伙人不得同本合伙企业进行交易。③合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

### 2. 合伙事务执行方式

合伙人，不论其出资多少，对合伙事务享有同等的权利；合伙事务执行可以采取灵活的方式，只要全体合伙人同意即可。

我国合伙企业事务的执行方式有四种：①全体合伙人共同执行；②委托数名合伙人共同执行；③委托一名合伙人单独执行；④各合伙人分别执行。

经全体合伙人一致同意，还可以聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员，管理合伙企业的日常事务。

### 3. 合伙事务的决议

(1) 表决权数。合伙人的表决规则、权数由合伙协议自由约定，无约定的即每一个合伙人有一个投票权。

(2) 表决规则。合伙事务的决定不同于合伙事务的执行。一般情况下，合伙事务的决定需由全体合伙人同意才可以。

除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意：①改变合





伙企业的名称；②改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；③处分合伙企业的不动产；④转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；⑤以合伙企业名义为他人提供担保；⑥聘任合伙人以外的人担任合伙企业的管理人员。

如修改或者补充合伙协议、新合伙人入伙、自我交易、合伙份额出质等事项也需要经全体合伙人一致同意。

#### 4. 合伙企业的利润分配和亏损分担

合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

合伙企业的利润分配和亏损分担必须坚持全体合伙人共担风险、共享收益的原则。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

### 真题演练

1. (2003-3-16)<sup>①</sup> 某合伙组织起字号为“兴达商行”，其中甲出资 60%，乙、丙各出资 20%，甲被推举为负责人。在与兴达商行的债务人丁的一场诉讼中，甲未与乙、丙商量而放弃兴达商行对丁的债权 5 万元，乙、丙知道后表示反对。甲放弃债权的行为的效力应如何认定？

- A. 是有效行为
- B. 是无效行为
- C. 是可撤销行为
- D. 是效力未定行为

2. (2003-3-62)<sup>②</sup> 甲与乙、丙成立一合伙企业，并被推举为合伙事务执行人，乙、丙授权甲在 3 万元以内的开支及 30 万元内的业务可以自行决定。甲在任职期间内实施的下列行为哪些是法律禁止或无效的行为？

- A. 自行决定一次支付广告费 5 万元
- B. 未经乙、丙同意，与某公司签订 50 万元的合同
- C. 未经乙、丙同意，将自有房屋以 1 万元租给合伙企业
- D. 与其妻一道经营与合伙企业相同的业务

3. (2006-3-28)<sup>③</sup> 某合伙企业原有合伙人 3 人，后古某申请入伙，当时合伙企业负债 20 万元。入伙后，合伙企业继续亏损，古某遂申请退伙，获同意。古某退伙时，合伙企业已负债 50 万元，但企业尚有价值 20 万元的财产。后合伙企业解散，用企业财产清偿债务后，尚欠 70 万元不能偿还。对古某在该合伙企业中的责任，下列哪种说法是正确的？

- A. 古某应对 70 万元债务承担连带责任
- B. 古某仅对其参与合伙期间新增的 30 万元债务承担连带责任
- C. 古某应对其退伙前的 50 万元债务承担连带责任
- D. 古某应对其退伙前的 50 万元债务承担连带责任，但应扣除其应分得的财产份额

① A。  
② CD。  
③ C。



重点法条

第三十七条 合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。

第三十八条 合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。

第三十九条 合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

第四十条 合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过本法第三十三条第一款规定的其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。

第四十一条 合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。

第四十二条 合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人，其他合伙人有优先购买权；其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人的，依照本法第五十一条的规定为该合伙人办理退伙结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算。

考点解析

1. 合伙人的对外代表权

每一个合伙人，无论负责执行事务与否，都当然有权利对外代表合伙企业，企业在内部可以对合伙人的这种对外代表权做出限制，但这些限制不得对抗善意第三人。

2. 合伙企业债务的清偿

(1) 合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。

(2) 合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

(3) 合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。

3. 合伙人个人债务的清偿

(1) 清偿方式。合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

另需注意：人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人，其他合伙人有优先购买权；其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人的，为该合伙人办理退伙结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算。

(2) 禁止抵销与禁止代位。合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。



## 真题演练

1. (2006-3-27)<sup>①</sup> 江某是一合伙企业的合伙事务执行人，欠罗某个人债务7万元，罗某在交易中又欠合伙企业7万元。后合伙企业解散。清算中，罗某要求以其对江某的债权抵销其所欠合伙企业的债务，各合伙人对罗某的这一要求产生了分歧。下列哪种看法是正确的？

- A. 江某的债务如同合伙企业债务，罗某可以抵销其对合伙企业的债务
- B. 江某所负债务为个人债务，罗某不得以个人债权抵销其对合伙企业债务
- C. 若江某可从合伙企业分得7万元以上的财产，则罗某可以抵销其对合伙企业的债务
- D. 罗某可以抵销其债务，但江某应分得的财产不足7万元时，应就差额部分对其他合伙人承担赔偿责任

2. (2005-3-29)<sup>②</sup> 合伙人甲在合伙企业中有份额15万元，待分配利润3万元。现甲无力偿还其对第三人乙的负债20万元，乙要求强制执行甲在合伙企业中的财产。对此，下列哪一种说法是正确的？

- A. 乙仅可就该15万元份额请求强制执行
- B. 乙仅可就该3万元待分配利润请求强制执行
- C. 乙可以就该15万元份额和3万元待分配利润请求强制执行
- D. 乙可以就该15万元份额和3万元待分配利润请求强制执行，但必须扣除甲在合伙企业中应当承担的债务份额

## 考点五 入伙、退伙

### 重点法条

第四十三条 新合伙人入伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。

订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。

第四十四条 入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。入伙协议另有约定的，从其约定。

新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

第四十五条 合伙协议约定合伙期限的，在合伙企业存续期间，有下列情形之一的，合伙人可以退伙：

- (一) 合伙协议约定的退伙事由出现；
- (二) 经全体合伙人一致同意；
- (三) 发生合伙人难以继续参加合伙的事由；

<sup>①</sup> B。

<sup>②</sup> C。





(四) 其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

第四十六条 合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前三十日通知其他合伙人。

第四十八条 合伙人有下列情形之一的，当然退伙：

(一) 作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；

(二) 个人丧失偿债能力；

(三) 作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；

(四) 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；

(五) 合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。

退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

第四十九条 合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：

(一) 未履行出资义务；

(二) 因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；

(三) 执行合伙事务时有不正当行为；

(四) 发生合伙协议约定的事由。

对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙。

被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起三十日内，向人民法院起诉。

第五十条 合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。

有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：

(一) 继承人不愿意成为合伙人；

(二) 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；

(三) 合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。

合伙人的继承人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可以依法成为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。全体合伙人未能一致同意的，合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还该继承人。

第五十三条 退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

## 考点解析

### (一) 入伙

#### 1. 条件与程序

(1) 全体合伙人的同意。



(2) 新入伙人与原合伙人订立书面入伙协议。

(3) 订立入伙协议时，原合伙人应向新入伙人告知原合伙企业的经营状况和财务状况。

## 2. 法律后果

新入伙人取得合伙人的资格。这意味着：

(1) 除入伙协议另有约定外，新入伙人与合伙人享有同等权利，承担同等责任。

(2) 新入伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

## (二) 退伙

### 1. 退伙的形式包括声明退伙和法定退伙。

(1) 声明退伙。声明退伙又称自愿退伙，可分为协议退伙和通知退伙。

① 协议退伙。依据《合伙企业法》第45条的规定，有下列情形之一的，合伙人可以退伙：合伙协议约定的退伙事由出现；经全体合伙人一致同意；发生合伙人难以继续参加合伙的事由；其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

② 通知退伙。是指合伙协议未约定合伙期限的，在不给合伙事务执行造成不利影响的前提下，合伙人可以不经其他合伙人同意而退伙，但应当提前30日通知其他合伙人。

(2) 法定退伙。法定退伙是指直接根据法律的规定而退伙。可以分为当然退伙和除名退伙。

① 当然退伙。合伙人有下列情形之一的，当然退伙：作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；个人丧失偿债能力；作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。

退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

② 除名退伙。合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：未履行出资义务；因故意或重大过失给合伙企业造成损失；执行合伙事务时有不正当行为；发生合伙协议约定的事由。

决议后应以书面形式通知被除名人。被除名人自接到除名通知之日起，除名生效，被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起30日内，向人民法院起诉。

### 2. 退伙的效力

(1) 退伙人丧失合伙人身份。退伙人脱离原合伙协议约定的权利义务关系，对退伙后的合伙债务不再承担任何责任；但退伙人对退伙前已发生的合伙企业债务，与其他合伙人承担连带责任。这一责任是对外的责任，不论合伙企业内部如何在合伙人之间安排此债务。

(2) 导致合伙财产的清理和结算。合伙人退伙，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙人对给合伙企业造成的损失负有赔偿责任的，相应扣减其应当赔偿的数额。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待该事务了结后进行结算。

(3) 退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

(4) 合伙人退伙时，合伙企业财产少于合伙企业债务的，退伙人应当依照合伙协议的



约定分担亏损。

### 3. 合伙人资格的继承

合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人。按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。

有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：

- (1) 继承人不愿意成为合伙人；
- (2) 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；
- (3) 合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。合伙人的继承人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可以依法成为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。全体合伙人未能一致同意的，合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还该继承人。

### 真题演练

1. (2004-3-30)<sup>①</sup> 甲、乙、丙合伙经营汽车运输业务。因生意好，甲想让其弟丁参加合伙，乙同意，但丙反对。甲以多数人同意为由安排丁参与经营。后合伙经营的汽车发生交通事故，造成5万元损失。四人为该5万元损失分担问题诉至法院。本案应如何处理？

- A. 由甲、乙、丁分担5万元
- B. 由甲、乙、丙、丁分担5万元
- C. 由甲、乙、丙分担5万元
- D. 由甲、乙、丙承担大部分，丁承担小部分

2. (2003-3-55)<sup>②</sup> 甲是一合伙企业的合伙人，因飞机失事死亡，其子乙12岁。下列关于乙的权利及其行使的判断哪些是正确的？

- A. 乙因继承当然成为合伙企业的合伙人
- B. 乙可以要求分割甲在合伙企业的财产份额
- C. 经其他合伙人同意，乙可以成为合伙人
- D. 乙只能要求分割甲在合伙企业的财产份额

3. (2009-3-70)<sup>③</sup> 甲、乙、丙、丁设立一合伙企业，乙是合伙事务的执行人。企业存续期间，甲转让部分合伙份额给丁用于偿债并告知了乙、丙。后甲经乙同意又将部分份额送给其情人杨某。甲妻知情后与甲发生冲突，失手杀死甲而被判刑。甲死后，其妻和16岁的儿子要求继承甲在合伙企业中的份额，各合伙人同意甲妻和甲子的请求。下列哪些表述是正确的？

- A. 丁受让甲的合伙份额为有效
- B. 杨某能够取得甲赠与的合伙份额
- C. 甲妻可以取得合伙人资格
- D. 甲子可以取得合伙人资格

4. (2008-3-26)<sup>④</sup> 2007年1月，甲、乙、丙设立一普通合伙企业。2008年2月，甲与戊结婚。2008年7月，甲因车祸去世。甲除戊外没有其他亲人，合伙协议对合伙人资格取得或丧失未作约定。下列哪一选项是正确的？

- ① C。
- ② BC。
- ③ ACD。
- ④ C。



- A. 合伙企业中甲的财产份额属于夫妻共同财产
- B. 戊依法自动取得合伙人地位
- C. 经乙、丙一致同意，戊取得合伙人资格
- D. 只能由合伙企业向戊退还甲在合伙企业中的财产份额

5. (2009-3-28)<sup>①</sup> 普通合伙企业合伙人李某因车祸遇难，生前遗嘱指定16岁的儿子李明为其全部财产继承人。下列哪一表述是错误的？

- A. 李明有权继承其父在合伙企业中的财产份额
- B. 如其他合伙人均同意，李明可以取得有限合伙人资格
- C. 如合伙协议约定合伙人必须是完全行为能力人，则李明不能成为合伙人
- D. 应当待李明成年后由其本人作出其是否愿意成为合伙人的意思表示

## 考点六 合伙企业的解散、清算与破产

### 重点法条

第八十五条 合伙企业有下列情形之一的，应当解散：

- (一) 合伙期限届满，合伙人决定不再经营；
- (二) 合伙协议约定的解散事由出现；
- (三) 全体合伙人决定解散；
- (四) 合伙人已不具备法定人数满三十天；
- (五) 合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；
- (六) 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
- (七) 法律、行政法规规定的其他原因。

第八十六条 合伙企业解散，应当由清算人进行清算。

清算人由全体合伙人担任；经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后十五日内指定一个或者数个合伙人，或者委托第三人，担任清算人。

自合伙企业解散事由出现之日起十五日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

第九十一条 合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。

第九十二条 合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。

合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

### 考点解析

#### (一) 解散的事由

合伙企业有下列情形之一的，应当解散：

1. 合伙期限届满，合伙人决定不再经营；

<sup>①</sup> D。





2. 合伙协议约定的解散事由出现；
3. 全体合伙人决定解散；
4. 合伙人已不具备法定人数满 30 天；
5. 合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；
6. 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
7. 法律、行政法规规定的其他原因。

## （二）合伙企业的清算

### 1. 清算人的产生

合伙企业解散，应当由清算人进行清算。

- (1) 清算人由全体合伙人担任。
- (2) 经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后 15 日内指定一个或者数个合伙人，或者委托第三人，担任清算人。
- (3) 自合伙企业解散事由出现之日起 15 日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

### 2. 清算人的职责

清算人在清算期间执行下列事务：

- (1) 清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；
- (2) 处理与清算有关的合伙企业未了结事务；
- (3) 清缴所欠税款；
- (4) 清理债权、债务；
- (5) 处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；
- (6) 代表合伙企业参加诉讼或者仲裁活动。

### 3. 清偿顺序

清算费用→劳动债权→税款→普通债务→返还合伙人的出资。

### 4. 清算的后果

清算结束，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 15 日内向企业登记机关报送清算报告，申请办理合伙企业注销登记。合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。

### 5. 清算人的法律责任

- (1) 清算人未依法报送清算报告，或清算报告有虚假陈述的，责令改正；由此产生的费用与损失，由清算人承担和赔偿。
- (2) 清算人执行清算事务谋取不法收入或侵占合伙财产的，应将该收入、所侵占的财产退还给合伙企业，造成损失的清算人应予赔偿。
- (3) 对债权人的赔偿责任。清算人隐匿、转移合伙财产；对资产负债表、财产清单虚假记载；未清偿债务前分配财产的，均对债权人所受的损失予以赔偿。

## （三）合伙企业的破产

合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿，合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。



## 第十讲 有限合伙企业

### 考点一 有限合伙企业的设立

#### 重点法条

第六十一条 有限合伙企业由二个以上五十个以下合伙人设立；但是，法律另有规定的除外。

有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人。

第六十二条 有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。

第六十四条 有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资。

有限合伙人不得以劳务出资。

第六十五条 有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。

#### 考点解析

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。有限合伙企业的设立条件包括以下几个方面。

##### 1. 合伙人

除法律对有限合伙企业的人数另有规定外，有限合伙企业的合伙人既有最低人数的限制（即2人），也有最高人数的限制（即50人）。注意这一规定与普通合伙的区别。

##### 2. 合法的名称

有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。

##### 3. 有书面合伙协议

##### 4. 合伙人的出资

（1）有限合伙人不得以劳务出资。

（2）有限合伙人的出资原则是认缴制而不是实缴制，可以分期缴纳，但应按期缴足。法律没有关于出资额的最低数额和最低出资期限的要求，取决于合伙协议的约定。

（3）未按期足额缴纳的法律后果。注意：合伙关系只存在于合伙人之间，有限合伙人与有限合伙企业之间不存在契约关系，所以，有限合伙人是对其他合伙人承担违约责任，而不是对合伙企业承担违约责任。切记！



## 真题演练

(2009 - 3 - 74)<sup>①</sup> 甲乙丙三人拟共同设立一个有限合伙企业，下列哪些表述是错误的？

- A. 该有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人
- B. 经合伙协议约定，有限合伙人可以货币、实物、劳务、知识产权或其他财产作价出资
- C. 经合伙协议约定，有限合伙人可以执行部分合伙事务
- D. 如有限合伙人转为普通合伙人，则对其作为有限合伙人期间企业的债务不承担连带责任

## 考点二 有限合伙企业的事务执行

### 重点法条

第六十七条 有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

第六十八条 有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

有限合伙人的下列行为，不视为执行合伙事务：

- (一) 参与决定普通合伙人入伙、退伙；
- (二) 对企业的经营管理提出建议；
- (三) 参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所；
- (四) 获取经审计的有限合伙企业财务会计报告；
- (五) 对涉及自身利益的情况，查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料；
- (六) 在有限合伙企业中的利益受到侵害时，向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼；
- (七) 执行事务合伙人怠于行使权利时，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼；
- (八) 依法为本企业提供担保。

第六十九条 有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。

第七十三条 有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前三十日通知其他合伙人。

第七十四条 有限合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。

人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

<sup>①</sup> BCD。



### （一）执行方式

1. 有限合伙企业只由普通合伙人执行合伙事务，有限合伙人没有事务执行权。
2. 有限合伙人执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业，但有权参与合伙企业的一般事务。

不视为执行合伙事务的行为包括：

- （1）参与决定普通合伙人入伙、退伙；
- （2）对企业的经营管理提出建议；
- （3）参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所；
- （4）获取经审计的有限合伙企业财务会计报告；
- （5）对涉及自身利益的情况，查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料；
- （6）在有限合伙企业中的利益受到侵害时，向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼；
- （7）执行事务合伙人怠于行使权利时，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼；
- （8）依法为本企业提供担保。

注意，不视为有限合伙人执行合伙事务的行为简单记忆为：

保（担保）+建（提建议）+入退（入、退伙）+3会计+2诉讼

### （二）利润分配方式

有限合伙人对与合伙企业无关的债务的清偿，先是用自有财产清偿，不足清偿的，再以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿。注意其他合伙人的优先购买权。其个人债务的偿还与普通合伙人一样。

有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人，但合伙协议可以做出相反的规定。

### （三）有限合伙人的特殊权利

1. 原则上可以与本企业进行自我交易，除非合伙协议另有约定。
2. 原则上可以竞业，除非合伙协议另有约定。

### （四）有限合伙人的行为能力

作为自然人的有限合伙人不要求具有完全的行为能力。

1. 在企业存续期间丧失行为能力的，其他合伙人不能因此要求其退伙。
2. 作为有限合伙人的自然人死亡、法人及其他组织终止的，其继承人、权利承受人依法取得有限合伙人资格。
3. 普通合伙人的继承人为无行为能力人或限制行为能力人的，经全体合伙人一致同意也可以成为有限合伙人。

### （五）法律责任

1. 有限合伙人被第三人误认为是普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易的后果承担无限连带责任。



2. 有限合伙人依法无权执行合伙企业事务，但经授权的除外；否则因交易给合伙人或合伙企业造成损失的，应承担赔偿责任。

### 真题演练

1. (2009-3-27)<sup>①</sup> 甲是某有限合伙企业的有限合伙人，持有该企业 15% 的份额。在合伙协议无特别约定的情况下，甲在合伙期间未经其他合伙人同意实施了下列行为，其中哪一项违反《合伙企业法》规定？

- A. 将自购的机器设备出租给合伙企业使用
- B. 以合伙企业的名义购买汽车一辆归合伙企业使用
- C. 以自己在合伙企业中的财产份额向银行提供质押担保
- D. 提前一个月通知其他合伙人将其部分合伙份额转让给合伙人以外的人

2. (2007-3-73)<sup>②</sup> 汪、钱、潘、刘共同投资设立了一个有限合伙企业，其中汪、钱为普通合伙人，潘、刘为有限合伙人。后因该合伙企业长期拖欠供货商货款，企业资产不足以清偿到期债务。依照我国相关法律的规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 债权人可以根据企业破产法申请该合伙企业破产
- B. 债权人可以要求任一合伙人清偿全部债务
- C. 债权人只能要求汪、钱清偿全部债务
- D. 如果该合伙企业被宣告破产，则汪、钱仍需承担无限连带责任

3. (2007-3-27)<sup>③</sup> 甲乙丙丁 4 人组成一个运输有限合伙企业，合伙协议规定甲、乙为普通合伙人，丙、丁为有限合伙人。某日，丁为合伙企业运送石材，路遇法院拍卖房屋，丁想替合伙企业竞买该房，于是以合伙企业的名义将石材质押给徐某，借得 20 万元，竞买了房子。徐某的债权若得不到实现，应当向谁主张权利？

- A. 应当要求丁承担清偿责任
- B. 应当要求甲、乙、丙、丁承担连带清偿责任
- C. 应当要求甲、乙承担连带清偿责任
- D. 应当要求甲、乙、丁承担连带清偿责任

### 考点三 有限合伙的形式变更

#### 重点法条

第八十条 作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

第八十一条 有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

- ① B。
- ② ACD。
- ③ D。



### 1. 合伙企业形式的转换

有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散；有限合伙企业仅剩普通合伙人的，转为普通合伙企业。

(1) 两者相互转换的条件是全体合伙人一致同意。但合伙协议另有约定除外。

(2) 无论哪种转换，对于转换前的合伙企业发生的债务都承担无限连带责任。

两个不同方向转化的责任承担：有限合伙人→普通合伙人（有溯及力，其作为有限合伙人期间，以及转化之后成为普通合伙人期间的债务都要承担无限连带责任），普通合伙人→有限合伙人（没有溯及力，只对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。）切记！

### 2. 有限合伙人的退伙

(1) 退伙的情形：①自然人死亡或依法宣告死亡；②法人或者其他组织被依法吊销营业执照、责令关闭、撤销或被宣告破产；③法定或约定的资格丧失；④被法院强制执行了其在合伙企业中的财产份额。

有限合伙人行为能力的丧失不是退伙的法定情形。

(2) 退伙的后果：①有限合伙人死亡或被宣告死亡以及终止时，其继承人或权利承受人当然继承其合伙人资格；②有限合伙人退伙后其债务的偿还仅以其退伙后从合伙企业中取回的财产为限承担责任。

### 3. 有限合伙人作出的不同于普通合伙人的特别规定。

(1) 禁止以劳务出资；

(2) 不按约定足额缴纳出资的产生补缴义务和违约责任；

(3) 对内无权执行合伙事务，对外无权代表合伙企业；

(4) 除合伙协议另有约定外，有限合伙人可以同本企业进行交易，经营与本企业相竞争的业务，不被禁止；

(5) 除合伙协议另有约定外，可以以其在合伙企业中的财产份额出质；

(6) 向合伙人以外的人转让在合伙企业中的财产份额无须其他合伙人的一致同意，只需提前通知即可。

### 真题演练

1. (2008-3-69)<sup>①</sup> 甲、乙、丙、丁欲设立一有限合伙企业，合伙协议中约定了如下内容，其中哪些符合法律规定？

A. 甲仅以出资额为限对企业债务承担责任，同时被推举为合伙事务执行人

B. 丙以其劳务出资，为普通合伙人，其出资份额经各合伙人商定为5万元

C. 合伙企业的利润由甲、乙、丁三人分配，丙仅按营业额提取一定比例的劳务报酬

D. 经全体合伙人同意，有限合伙人可以全部转为普通合伙人，普通合伙人也可以全部转为有限合伙人

<sup>①</sup> BC。



2. (2008 - 3 - 70)① 贾某是一有限合伙企业的有限合伙人。下列哪些选项是正确的?
- A. 若贾某被法院判决认定为无民事行为能力人,其他合伙人可以因此要求其退伙
  - B. 若贾某死亡,其继承人可以取得贾某在有限合伙企业中的资格
  - C. 若贾某转为普通合伙人,其必须对其作为有限合伙人期间企业发生的债务承担无限连带责任
  - D. 如果合伙协议没有限制,贾某可以不经其他合伙人同意而将其在合伙企业中的财产份额出质



---

① BCD。



## 第三章 《个人独资企业法》

### 第十一讲 个人独资企业的特征与设立

#### 考点一 含义与特征

##### 重点法条

第二条 本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

##### 考点解析

#### 1. 含义

个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

#### 2. 特征

(1) 个人独资企业是一个自然人投资。

(2) 财产为投资人个人所有，其有关权利可以依法进行转让或继承。企业无独立财产，不具有法人资格。是非法人营业性组织（企业）。

(3) 投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任，登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。投资人承担无限责任。

(4) 个人独资企业不具有法人资格。

(5) 不缴纳企业所得税，缴纳个人所得税。

##### 真题演练

1. (2003-3-23)<sup>①</sup> 拓海公司系私营独资企业，因欠债被诉诸法院，后被判令履行金钱给付义务。履行期限届满后，拓海公司仍未还债。经债权人申请，人民法院对其予以强制执行。经查，该公司无偿还能力。在下列后续措施中何种是正确的？

A. 裁定中止执行，待被执行人有履行能力时再恢复执行

---

<sup>①</sup> D。

- B. 裁定终结执行
- C. 裁定宣告该公司破产
- D. 裁定执行该公司投资人的其他财产

2. (2005-3-30)<sup>①</sup> 甲以夫妻共有的写字楼作为出资设立个人独资企业。企业设立后,其妻乙购体育彩票中奖 100 万元,后提出与甲离婚。离婚诉讼期间,甲的独资企业宣告解散,尚欠银行债务 120 万元。该项债务的清偿责任应如何确定?

- A. 甲以其在家庭共有财产中应占的份额对银行承担无限责任
- B. 甲以家庭共有财产承担无限责任,但乙中奖的 100 万元除外
- C. 甲以全部家庭共有财产承担无限责任,包括乙中奖的 100 万元在内
- D. 甲仅以写字楼对银行承担责任

## 考点二 个人独资企业的设立

### 重点法条

第八条 设立个人独资企业应当具备下列条件:

- (一) 投资人为一个自然人;
- (二) 有合法的企业名称;
- (三) 有投资人申报的出资;
- (四) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件;
- (五) 有必要的从业人员。

第十一条 个人独资企业的名称应当与其责任形式及从事的营业相符合。

第十三条 个人独资企业的营业执照的签发日期,为个人独资企业成立日期。

在领取个人独资企业营业执照前,投资人不得以个人独资企业名义从事经营活动。

第十六条 法律、行政法规禁止从事营利性活动的人,不得作为投资人申请设立个人独资企业。

第十八条 个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的,应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

第三十一条 个人独资企业财产不足以清偿债务的,投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

### 考点解析

设立条件:

1. 投资人为一个自然人。该自然人必须是具有中国国籍,不包括外国自然人,外商独资企业不属本法所称的个人独资企业范畴。自然人应具有完全民事行为能力。法律、行政法规禁止从事营利性活动的人,不得作为投资人申请设立个人独资企业。

2. 合法的企业名称。企业只准使用一个名称,名称中不得含有“公司”、“有限”、“有限责任”字样。

<sup>①</sup> C。



3. 有投资人申报的出资。个人独资企业的出资额由投资人自愿申报，投资人不必向登记机关出具验资证明，登记机关也不审核投资人的出资是否实际缴付。个人独资企业投资人应当在申请设立登记时明确是以个人财产出资还是以其家庭财产作为个人出资，出资申报方式的不同决定了其承担责任的财产范围的不同。

4. 无须章程。



## 第十二讲 个人独资企业的管理与解散

### 考点一 事务管理

#### 重点法条

第十九条 个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。

投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务，应当与受托人或者被聘用的人签订书面合同，明确委托的具体内容和授予的权利范围。

受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务，按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。

投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人。

第二十条 投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为：

- (一) 利用职务上的便利，索取或者收受贿赂；
- (二) 利用职务或者工作上的便利侵占企业财产；
- (三) 挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人；
- (四) 擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户储存；
- (五) 擅自以企业财产提供担保；
- (六) 未经投资人同意，从事与本企业相竞争的业务；
- (七) 未经投资人同意，同本企业订立合同或者进行交易；
- (八) 未经投资人同意，擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用；
- (九) 泄露本企业的商业秘密；
- (十) 法律、行政法规禁止的其他行为。

#### 考点解析

##### 1. 个人独资企业的3种管理模式

个人独资企业有3种管理模式：投资人自行管理、委托管理和聘用他人管理。投资人与受托人、被聘用人之间是委托关系，投资人对受托人、被聘用人的权利限制不能对抗善意第三人。

##### 2. 管理人的禁止性行为

- (1) 利用职务上的便利，索取或者收受贿赂；
- (2) 利用职务或者工作上的便利侵占企业财产；
- (3) 挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人；
- (4) 擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户储存；
- (5) 擅自以企业财产提供担保；
- (6) 未经投资人同意，从事与本企业相竞争的业务；





- (7) 未经投资人同意，同本企业订立合同或者进行交易；
- (8) 未经投资人同意，擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用；
- (9) 泄露本企业的商业秘密；
- (10) 法律、行政法规禁止的其他行为。

### 真题演练

(2004-3-29)<sup>①</sup> 万某因出国留学将自己的独资企业委托陈某管理，并授权陈某在 5 万元以内的开支和 50 万元以内的交易可自行决定。设若第三人对此授权不知情，则陈某受托期间实施的下列哪一行为为我国法律所禁止或无效？

- A. 未经万某同意与某公司签订交易额为 100 万元的合同
- B. 未经万某同意将自己的房屋以 1 万元出售给本企业
- C. 未经万某同意向某电视台支付广告费 8 万元
- D. 未经万某同意聘用其妻为企业销售主管

### 考点二 解散与清算

#### 重点法条

第二十六条 个人独资企业有下列情形之一时，应当解散；

- (一) 投资人决定解散；
- (二) 投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人决定放弃继承；
- (三) 被依法吊销营业执照；
- (四) 法律、行政法规规定的其他情形。

第二十七条 个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。

投资人自行清算的，应当在清算前十五日内书面通知债权人，无法通知的，应当予以公告。债权人应当在接到通知之日起三十日内，未接到通知的应当在公告之日起六十日内，向投资人申报其债权。

第二十八条 个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在 5 年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

#### 考点解析

##### 1. 解散

个人独资企业的解散是指独资企业因出现某些法律事由而导致其民事主体资格消灭的行为。个人独资企业有下列情形之一时，应当解散：

- (1) 投资人决定解散；
- (2) 投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人决定放弃继承；
- (3) 被依法吊销营业执照；

<sup>①</sup> B。

(4) 法律、行政法规规定的其他情形。

个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。

个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应当承担偿还责任，但债权人在 5 年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

## 2. 清算

清算人是指清算企业中执行清算事务及对外代表者。个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。投资人自行清算的，应当在清算前 15 日内书面通知债权人，无法通知的，应当予以公告。债权人应当在接到通知之日起 30 日内，未接到通知的应当在公告之日起 60 日内，向投资人申报其债权。

### 真题演练

1. (2004 - 3 - 34)① 甲以个人财产设立一独资企业，后甲病故，其妻和其子女（均已满 18 岁）都明确表示不愿继承该企业，该企业只得解散。该企业解散时，应由谁进行清算？

- A. 应由其子女进行清算
- B. 应由其妻进行清算
- C. 应由其妻和其子女共同进行清算
- D. 应由债权人申请法院指定清算人进行清算

2. (2003 - 3 - 59)② 张某于 2000 年 3 月成立一家个人独资企业。同年 5 月，该企业与甲公司签订一份买卖合同，根据合同，该企业应于同年 8 月支付给甲公司货款 15 万元，后该企业一直未支付该款项。2001 年 1 月该企业解散。2003 年 5 月，甲公司起诉张某，要求张某偿还上述 15 万元债务。下列有关该案的表述哪些是错误的？

- A. 因该企业已经解散，甲公司的债权已经消灭
- B. 甲公司可以要求张某以个人财产承担 15 万元的债务
- C. 甲公司请求张某偿还债务已超过诉讼时效，其请求不能得到支持
- D. 甲公司请求张某偿还债务的期限应于 2003 年 1 月届满

---

① D。  
② ACD。





# 第四章 外商投资企业法

## 第十三讲 《中外合资经营企业法》

### 考点一 中外合资经营企业的设立

#### 重点法条

##### 《中外合资经营企业法实施条例》

第十条 本条例所称合营企业协议，是指合营各方对设立合营企业的某些要点和原则达成一致意见而订立的文件；所称合营企业合同，是指合营各方为设立合营企业就相互权利、义务关系达成一致意见而订立的文件；所称合营企业章程，是指按照合营企业合同规定的原则，经合营各方一致同意，规定合营企业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的文件。

合营企业协议与合营企业合同有抵触时，以合营企业合同为准。

经合营各方同意，也可以不订立合营企业协议而只订立合营企业合同、章程。

#### 考点解析

##### （一）概念和特征

###### 1. 概念

中外合资企业是指中国合营者与外国合营者依照中国法律，在中国境内共同投资、共同经营，并按照投资比例分享利润，分担风险、亏损的企业。

###### 2. 特征

（1）在中外合资经营企业的股东中，外方合营者包括外国的公司、企业、其他经济组织或者个人，中方合营者则为中国的公司、企业或者其他经济组织，不包括中国公民个人。

（2）中外各方依照出资比例分享利润，分担亏损，回收投资。

##### （二）设立

###### 1. 法人资格

中外合资经营企业的组织形式为有限责任公司，其当然具有中国法人资格。

###### 2. 适用法律

中外合资企业作为有限公司，当然适用《公司法》关于有限公司的规定，但《公司法》与《中外合资经营企业法》的规定相冲突的，依照特别法优于一般法的原理，优先适用后者。



### 3. 三个法律文件

合营企业合同是该企业最主要的法律文件，合营企业协议与合同有抵触时，以合同为准。经合营各方同意，也可以不订立合营企业协议而只订立合营企业合同、章程。

## 考点二 中外合资经营企业的组织形式与出资

### 重点法条

第四条 合营企业的形式为有限责任公司。

在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于百分之二十五。

合营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损。

合营者的注册资本如果转让必须经合营各方同意。

第五条 合营企业各方可以现金实物工业产权等进行投资。

外国合营者作为投资的技术和设备，必须确实是适合我国需要的先进技术和设备。如果有以落后的技术和设备进行欺骗，造成损失的，应赔偿损失。

中国合营者的投资可包括为合营企业经营期间提供的场地使用权。如果场地使用权未作为中国合营者投资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳使用费。

上述各项投资应在合营企业的合同和章程中加以规定，其价格（场地除外）由合营各方评议商定。

### 【关联法条】

#### 《中外合资经营企业法实施条例》

第十八条 合营企业的注册资本，是指为设立合营企业在登记管理机构登记的资本总额，应为合营各方认缴的出资额之和。

合营企业的注册资本一般应当以人民币表示，也可以用合营各方约定的外币表示。

第二十条 合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。

合营一方转让其全部或者部分股权时，合营他方有优先购买权。

合营一方向第三者转让股权的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。

违反上述规定的，其转让无效。

第二十二条 合营者可以用货币出资，也可以用建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。以建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术作为出资的，其作价由合营各方按照公平合理的原则协商确定，或者聘请合营各方同意的第三者评定。

### 考点解析

#### （一）组织形式与注册资本

##### 1. 组织形式

合营企业为有限责任公司。合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资额为限。

##### 2. 注册资本和投资总额

###### （1）注册资本

合营企业的注册资本，是指为设立合营企业在登记管理机构登记的资本总额，应为合



营各方认缴的出资额之和。

对注册资本变化的要求：合营期间不得减少；必须有董事会会议通过，确需减少必须经批准，必须经变更登记。

外国合营者的出资比例是限低不限高，最低不得低于注册资本的 25%，但是不能达到注册资本的 100%。

## (2) 投资总额

合资企业的投资总额，是指按照合营企业合同、章程规定的生产规模需要投入的基本建设资金和生产流动资金的总和。如果合营各方的出资额之和达不到投资总额，可以以合营企业名义进行借款。在这种情况下，投资总额包括注册资本和企业借款。

## (二) 出资方式

1. 出资形式可以是现金、实物、工业产权等，但不能是劳务。中方可以包括场地使用权。

2. 注意合营企业的注册资本是各方认缴的出资额之和。合营各方应当按照合同规定的期限缴清各自认缴的出资额。逾期未缴或者未缴清的，应当按合同规定支付迟延利息或者赔偿。

3. 对外投资的要求：

(1) 技术和设备及物料：适合我国及合营企业需要的、先进的，作价不得高于当时国家市场价格；

(2) 工业产权或者专有技术：能改进产品技能、质量并能提高生产效率；能节约原料、燃料、动力；外方违反上述规定造成损失的，负赔偿责任。

(3) 合营各方按照合同约定缴清出资，否则支付迟延利息或赔偿损失。

4. 各方出资后由中国的注册会计师验资并出具验资报告。

5. 关于场地使用费，分两个方面：

(1) 合营企业取得的场地使用权，当地人民政府在该企业开始用地之日起的 5 年内不能调整使用费；因情况变化需要调整的，最短的间隔期为 3 年。

(2) 中方合营者取得场地使用权，并以其作为向合营企业的出资方式的，在合营合同期限内不得调整。

## (三) 合营各方的出资期限

1. 合营合同中规定一次缴清出资的，合营各方应在营业执照签发之日起 6 个月内缴清。

2. 合营合同规定分期缴付的，合营各方第一期出资不得低于各自认缴出资额的 15%，并且应当在营业执照签发之日起 3 个月内缴清。

3. 合营各方未能在合营合同规定的上述期限内缴付出资的，视同合营企业自动解散，合营企业批准证书自动失效。

4. 合营一方未按照合同规定的期限如期缴付或者缴清其出资的，即构成违约，应当按照合同规定支付迟延利息或者赔偿损失。

### 真题演练

(2007-3-74)<sup>①</sup> 奔马电子有限公司为一家中美合资企业，外资方所罗门公司欲转让其一部分股权给另一美国公司。关于所罗门公司的部分股权转让行为，下列哪些选项是正确的？

A. 须中方同意

B. 不须经中方同意

C. 须报审批机关批准

D. 不须报审批机关批准

<sup>①</sup> AC。

### 考点三

## 中外合资经营企业的组织机构及终止

### 重点法条

第六条 合营企业设董事会，其人数组成由合营各方协商，在合同章程中确定，并由合营各方委派和撤换。董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的，由他方担任副董事长。董事会根据平等互利的原则，决定合营企业的重大问题。

董事会的职权是按合营企业章程规定，讨论决定合营企业的一切重大问题：企业发展规划生产经营活动方案收支预算利润分配劳动工资计划停业，以及总经理副总经理总工程师总会计师审计师的任命或聘请及其职权和待遇等。

正副总经理（或正副厂长）由合营各方分别担任。

合营企业职工录用辞退报酬福利劳动保护劳动保险等事项，应当依法通过订立合同加以规定。

### 【关联法条】

#### 《中外合资经营企业法实施条例》

第三十条 董事会是合营企业的最高权力机构，决定合营企业的一切重大问题。

第三十一条 董事会成员不得少于3人。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定。

董事的任期为4年，经合营各方继续委派可以连任。

第三十二条 董事会会议每年至少召开1次，由董事长负责召集并主持。董事长不能召集时，由董事长委托副董事长或者其他董事负责召集并主持董事会会议。经1/3以上董事提议，可以由董事长召开董事会临时会议。

董事会会议应当有2/3以上董事出席方能举行。董事不能出席的，可以出具委托书委托他人代表其出席和表决。

董事会会议一般应当在合营企业法定地址所在地举行。

第三十三条 下列事项由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议：

- （一）合营企业章程的修改；
- （二）合营企业的中止、解散；
- （三）合营企业注册资本的增加、减少；
- （四）合营企业的合并、分立。

其他事项，可以根据合营企业章程载明的议事规则作出决议。

第九十条 合营企业在下列情况下解散：

- （一）合营期限届满；
- （二）企业发生严重亏损，无力继续经营；
- （三）合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务，致使企业无法继续经营；
- （四）因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失，无法继续经营；
- （五）合营企业未达到其经营目的，同时又无发展前途；
- （六）合营企业合同、章程所规定的其他解散原因已经出现。





前款第（二）、（四）、（五）、（六）项情况发生的，由董事会提出解散申请书，报审批机构批准；第（三）项情况发生的，由履行合同的一方提出申请，报审批机构批准。

在本条第一款第（三）项情况下，不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务一方，应当对合营企业由此造成的损失负赔偿责任。

第九十一条 合营企业宣告解散时，应当进行清算。合营企业应当按照《外商投资企业清算办法》的规定成立清算委员会，由清算委员会负责清算事宜。

第九十二条 清算委员会的成员一般应当在合营企业的董事中选任。董事不能担任或者不适合担任清算委员会成员时，合营企业可以聘请中国的注册会计师、律师担任。审批机构认为必要时，可以派人进行监督。

清算费用和清算委员会成员的酬劳应当从合营企业现存财产中优先支付。

### 考点解析

#### （一）组织机构

1. 董事会是合营企业的最高权力机构，决定合营企业的一切重大问题。与公司法规定的不同，其不设股东会。

2. 董事长、副董事长的产生方式有两种：由合营各方协商确定；由董事会选举产生。

董事长和副董事长以及正副总经理的任职规则，都是由合营各方分别担任，但董事长不一定必须由中国合营者委派。

3. 董事会成员人数、名额分配和任期：人数不得少于3人；名额分配由合营各方参照出资比例协商确定；董事任期为4年，任期届满连选可以连任。

4. 董事会召开的具体制度。

（1）每年至少召开一次董事会会议；

（2）董事会会议由董事长负责召集并主持，董事长不能召集时，由董事长委托副董事长或者其他董事负责召集并主持；

（3）经1/3以上董事提议，可以由董事长召开董事会临时会议；

（4）董事会开会的条件：董事会会议应当有2/3以上董事出席方能举行；

（5）委托：董事不能出席董事会会议的，可以出具委托书委托他人代表其出席和表决；

（6）召开地点：一般应当在合营企业法定地址所在地举行。

5. 必须由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议的事项范围。这是常考知识点。

（1）合营企业章程的修改；

（2）合营企业的中止、解散；

（3）合营企业注册资本的增加、减少；

（4）合营企业的合并、分立。

其他事项，可以根据合营企业章程载明的议事规则作出决议。

6. 法定代表人：董事长是合营企业的法定代表人，当其不能履行职责时，应当授权副董事长或者其他董事代表合营企业。

7. 总经理和副总经理。

（1）人数和职责：总经理1人，副总经理若干人；负责日常经营管理工作。

（2）在董事会授权范围内，总经理对外代表合营，对内任免下属人员，行使董事会授予的其他职权。



(3) 总经理、副总经理由合营企业董事会聘请, 可以由中国公民担任, 也可以由外国公民担任。

(4) 兼职禁止: 总经理或者副总经理不得兼任其他经济组织的总经理或者副总经理, 不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争。

(5) 随时解聘情形: 总经理、副总经理及其他高级管理人员有营私舞弊或者严重失职行为的, 经董事会决议可以随时解聘。

## (二) 终止

### 1. 经营期限

合营企业的合营期限, 按不同行业不同情况, 作不同的约定。有的行业的合营企业, 应当约定合营期限; 有的行业的合营企业, 可以约定合营期限, 也可以不约定合营期限。约定合营期限的合营企业, 合营各方同意延长合营期限的, 应在距合营期满 6 个月前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应自接到申请之日起 1 个月内决定批准或不批准。

### 2. 解散

合营企业在下列情况下解散:

- (1) 合营期限届满;
- (2) 企业发生严重亏损, 无力继续经营;
- (3) 合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务, 致使企业无法继续经营;
- (4) 因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失, 无法继续经营;
- (5) 合营企业未达到其经营目的, 同时又无发展前途;
- (6) 合营企业合同、章程所规定的其他解散原因已经出现。

上述第 (2)、(4)、(5)、(6) 项情况发生的, 由董事会提出解散申请书, 报审批机构批准; 第 (3) 项情况发生的, 由履行合同的一方提出申请, 报审批机构批准。

在上述第 (3) 项情况下, 不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务一方, 应当对合营企业由此造成的损失负赔偿责任。

## 真题演练

1. (2004-3-28)<sup>①</sup> 中国甲公司与日本乙公司拟共同设立一中外合资经营企业。在拟订的下列合同条款中, 哪一条是违法的?

- A. 合营企业的注册资本用美元表示
- B. 中方用以出资的土地使用权, 其作价在合营期间不得调整
- C. 合营企业编制的财务与会计报告以美元为计算和表示单位
- D. 合营企业注册资本的增加或减少的决议须经董事会一致通过

2. (2006-3-30)<sup>②</sup> 下列关于中外合资经营行为的哪一表述是错误的?

- A. 合营各方发生纠纷可按约定在境外仲裁机构申请仲裁
- B. 合营企业所需原材料、燃料可在境外购买
- C. 合营企业不允许向境外银行直接筹措资金
- D. 合营企业应向中国境内的保险公司投保

① C。

② C。



## 第十四讲 《中外合作经营企业法》

### 考点一 中外合作经营企业的设立

#### 重点法条

第二条 中外合作者举办合作企业，应当依照本法的规定，在合作企业合同中约定投资或者合作条件、收益或者产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式和合作企业终止时财产的归属等事项。

合作企业符合中国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格。

#### 考点解析

##### 1. 概念与特征

(1) 概念。中外合作经营企业，是指中国合作者与外国合作者依照中国法律的规定，在中国境内共同举办的，按合作企业合同的约定分配收益或者产品、分担风险和亏损的企业。

(2) 特征。合作企业属于契约式的经营企业。各方投资或者提供的合作条件，不折成股份，不存在按持有股份分配收益、承担风险，而是按约定来进行，这与股权式的合资企业区别明显。

##### 2. 设立

申请设立合作企业，应当将中外合作者签订的协议、合同、章程等文件报国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方政府审查批准。审查批准机关应当自接到申请之日起45天内决定批准或者不批准。

设立合作企业的申请经批准后，应当自接到批准证书之日起30天内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照。合作企业的营业执照签发日期，为该企业的成立日期。

### 考点二 中外合作经营企业的组织形式与出资

#### 重点法条

第八条 中外合作者的投资或者提供的合作条件可以是现金、实物、土地使用权、工业产权、非专利技术和其他财产权利。

第十条 中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准。

第十七条 合作企业可以向中国境内的金融机构借款，也可以在中国境外借款。

中外合作者用作投资或者合作条件的借款及其担保，由各方自行解决。





第十八条 合作企业的各项保险应当向中国境内的保险机构投保。

第十九条 合作企业可以在经批准的经营范围內，进口本企业需要的物资，出口本企业生产的产品。合作企业在经批准的经营范围內所需的原材料、燃料等物资，按照公平、合理的原则，可以在国内市场或者在国际市场购买。

第二十一条 中外合作者依照合作企业合同的约定，分配收益或者产品，承担风险和亏损。

中外合作者在合作企业合同中约定合作期满时合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的，可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期限内先行回收投资的办法。合作企业合同约定外国合作者在缴纳所得税前回收投资的，必须向财政税务机关提出申请，由财政税务机关依照国家有关税收的规定审查批准。

依照前款规定外国合作者在合作期限内先行回收投资的，中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定对合作企业的债务承担责任。

### 【关联法条】

#### 《中外合作经营企业法实施细则》

第十八条 合作各方向合作企业的投资或者提供的合作条件可以是货币，也可以是实物或者工业产权、专有技术、土地使用权等财产权利。

中国合作者的投资或者提供的合作条件，属于国有资产的，应当依照有关法律、行政法规的规定进行资产评估。

在依法取得中国法人资格的合作企业中，外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的25%。在不具有法人资格的合作企业中，对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求，由对外贸易经济合作部规定。

第十九条 合作各方应当以其自有的财产或者财产权利作为投资或者合作条件，对该投资或者合作条件不得设置抵押权或者其他形式的担保。

第二十条 合作各方应当根据合作企业的生产经营需要，依照有关法律、行政法规的规定，在合作企业合同中约定合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的期限。

合作各方没有按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的，工商行政管理机关应当限期履行；限期届满仍未履行的，审查批准机关应当撤销合作企业的批准证书，工商行政管理机关应当吊销合作企业的营业执照，并予以公告。

### 考点解析

#### （一）组织形式与注册资本

1. 组织形式。具有法人资格的合作企业，其组织形式是有限责任公司，基本制度适用《公司法》的有关规定。不具有法人资格的合作企业，合作各方是一种合伙关系，基本制度适用《合伙企业法》的有关规定。

2. 注册资本。合作企业的注册资本，是指为设立合作企业，在工商行政管理机关登记的合作各方认缴的出资额之和。注册资本以人民币表示，也可以用合作各方约定的一种可自由兑换的外币表示。

合作企业注册资本在合作期限内不得减少。但是，因投资总额和生产经营规模等变化，确需减少的，须经审查批准机关批准。



## （二）投资与合作条件

1. 中外合作者的投资或者合作条件包括：现金、实物、土地使用权、工业产权、非专利技术和其他财产权利。
2. 外方合作者的出资比例或合作条件具体要求依企业组织形式的不同而异：
  - （1）企业为法人的，不低于注册资本的 25%；
  - （2）企业为非法人的，由国务院对外经济贸易主管部门决定。
3. 合作者用于投资或者合作的条件，必须是自有的财产或者财产权利，并且不得对外设立任何形式的担保。
4. 逾期不履行出资及提供合作条件承担违约责任。
5. 一方转让权利义务，必须经他方书面同意，还须报批，否则无效。

## （三）收益分配和投资收回

1. 外国合作者可以先行回收投资，但不是绝对的，是附有前提条件的：
  - （1）合同期限届满时，企业的全部固定资产归中国合作者所有；
  - （2）必须依照规定或者约定对企业债务承担责任；
  - （3）必须在企业的全部亏损已经弥补以后。这三个条件是充分必要条件，缺其一即不能先行回收投资。
2. 外国合作者先行回收投资的方式有三种：
  - （1）约定扩大外方分配比例；
  - （2）实行税前分配，但必须经审查批准；
  - （3）经批准的其他方式。
3. 合作企业合作者收益分配方式有三种：
  - （1）分配利润；
  - （2）分配产品；
  - （3）商定的其他分配方式。

### 真题演练

1. (2003-3-57)<sup>①</sup> 中国某企业与新加坡某公司拟在中国组建一家中外合作经营企业，双方草签了合同。合同中约定的下列事项中，哪些是我国法律所允许的？
  - A. 合作企业注册资本 100 万美元，其中外方占 22%，中方占 78%
  - B. 外方出资中包括一套价值 10 万美元的设备，于合作企业取得营业执照后 3 个月运抵企业所在地
  - C. 中方出资中的 30 万美元为现金，由中方向银行借贷，合作企业以设备提供担保
  - D. 合作企业头 5 年的利润分配，中外双方各按 50% 的比例进行分配
2. (2005-3-28)<sup>②</sup> 甲公司（中方）与某国乙公司（外方）拟在深圳共同设立一中外合作经营企业，某律师受聘为双方起草一份《合作经营合同》。该律师起草的下列哪一合同条款违反了我国法律规定？
  - A. 任何一方未经对方同意，都不得转让合作合同的部分或全部权利、义务

<sup>①</sup> ABD。

<sup>②</sup> B。

- B. 合作企业的董事长和副董事长由中方担任, 总经理和副总经理由外方担任
- C. 合作企业的财务会计账簿只能设在中国境内
- D. 合作企业的利润先由外方收回投资本息, 在合作期满时企业固定资产归中方所有

### 考点三 中外合作经营企业的组织机构与终止

#### 重点法条

第十二条 合作企业应当设立董事会或者联合管理机构, 依照合作企业合同或者章程的规定, 决定合作企业的重大问题。中外合作者的一方担任董事会的董事长、联合管理机构的主任的, 由他方担任副董事长、副主任。董事会或者联合管理机构可以决定任命或者聘请总经理负责合作企业的日常经营管理工作。总经理对董事会或者联合管理机构负责。

合作企业成立后改为委托中外合作者以外的他人经营管理的, 必须经董事会或者联合管理机构一致同意, 报审查批准机关批准, 并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

#### 【关联法条】

##### 《中外合作经营企业法实施细则》

第二十五条 董事会或者联合管理委员会成员不得少于3人, 其名额的分配由中外合作者参照其投资或者提供的合作条件协商确定。

第二十六条 董事会董事或者联合管理委员会委员由合作各方自行委派或者撤换。董事会董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的产生办法由合作企业章程规定; 中外合作者的一方担任董事长、主任的, 副董事长、副主任由他方担任。

第二十七条 董事或者委员的任期由合作企业章程规定; 但是, 每届任期不得超过3年。董事或者委员任期届满, 委派方继续委派的, 可以连任。

#### 考点解析

##### (一) 组织机构

1. 合作企业的管理模式因合作企业多元制的组织形式而有不同的类型, 分为董事会制、联合管理制和委托管理制。

具有法人资格的中外合作企业, 一般实行董事会制。董事会是合作企业的最高权力机构。中外合作者的一方担任董事会的董事长的, 由他方担任副董事长。

不具有法人资格的合作企业, 一般实行联合管理制。联合管理机构由合作各方代表组成, 是合作企业的最高权力机构。中外合作者的一方担任联合管理机构主任的, 由他方担任副主任。

经合作各方一致同意, 合作企业可以委托中外合作一方进行经营管理, 另一方不参加管理; 也可以委托合作方以外的第三方经营管理企业。

2. 不论是董事会制还是联合管理委员会制, 都可以采取委托管理制, 但是如果委托中外合作者以外的第三人经营管理的, 必须按以下程序进行:

- (1) 经董事会或者联合管理委员会一致同意;
- (2) 与被委托人签订委托经营管理合同;
- (3) 必须经批准;





(4) 必须办理变更登记手续。

3. 组织机构人员的构成不得少于3人，名额分配经协商确定。

4. 会议的召开：

(1) 每年至少召开一次会议；

(2) 1/3 以上董事或委员提议可以开会；

(3) 开会的条件，2/3 以上董事或者委员出席才能开会；

(4) 一般由董事长或主任召集并主持。

5. 议事规则：

(1) 对一般决议，必须经全体董事或委员的过半数通过，这里必须注意的是：一定是全体的过半数，绝不能理解为出席会议的过半数；

(2) 对特别决议，必须由出席会议的董事或委员一致通过，即全体的 2/3 以上通过，因为开会需要全体的 2/3 以上，出席会议的一致通过是全体的 2/3 以上。

6. 下列事项由出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员一致通过，方可作出决议：

(1) 合作企业章程的修改；

(2) 合作企业注册资本的增加或者减少；

(3) 合作企业的解散；

(4) 合作企业的资产抵押；

(5) 合作企业合并、分立和变更组织形式；

(6) 合作各方约定由董事会会议或者联合管理委员会会议一致通过方可作出决议的其他事项。

## (二) 终止

### 1. 期限

合作企业的合作期限由中外合作者协商并在合作企业合同中订明。中外合作者同意延长合作期限的，应当在距合作期满 180 天前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应当自接到申请之日起 30 天内决定批准或者不批准。

合作企业合同约定外国合作者先行回收投资，并且投资已经回收完毕的，合作企业期限届满不再延长；但是，外国合作者增加投资的，经合作各方协商同意，可以向审查批准机关申请延长合作期限。

### 2. 解散

合作企业在下列情况下解散：

(1) 合作期限届满；

(2) 企业发生严重亏损，或者因不可抗力遭受严重损失，无力继续经营；

(3) 中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务，致使企业无法继续经营；

(4) 合作企业合同、章程中所规定的其他解散原因已经出现；

(5) 合作企业违反法律、行政法规，被依法责令关闭。

## 第十五讲 《外资企业法》

### 考点一 外资企业的组织形式与出资

#### 重点法条

第二条 本法所称的外资企业是指依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业，不包括外国的企业和其他经济组织在中国境内的分支机构。

#### 【关联法条】

#### 《外资企业法实施细则》

第十八条 外资企业的组织形式为有限责任公司。经批准也可以为其他责任形式。

外资企业为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限。

外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

第二十条 外资企业的注册资本，是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。

外资企业的注册资本要与其经营规模相适应，注册资本与投资总额的比例应当符合中国有关规定。

第二十一条 外资企业在经营期内不得减少其注册资本。但是，因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少的，须经审批机关批准。

第二十二条 外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

第二十三条 外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准并向工商行政管理机关备案。

第二十五条 外国投资者可以用可自由兑换的外币出资，也可以用机器设备、工业产权、专有技术等作价出资。

经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

第二十七条 外国投资者以工业产权、专有技术作价出资的，该工业产权、专有技术应当为外国投资者所有。

该工业产权、专有技术的作价应当与国际上通常的作价原则相一致，其作价金额不得超过外资企业注册资本的20%。

对作价出资的工业产权、专有技术，应当备有详细资料，包括所有权证书的复制件，有效状况及其技术性能、实用价值，作价的计算根据和标准等，作为设立外资企业申请书的附件一并报送审批机关。

第三十条 外国投资者缴付出资的期限应当在设立外资企业申请书和外资企业章程中载明。外国投资者可以分期缴付出资，但最后一期出资应当在营业执照签发之日起3年内







缴清。其中第一期出资不得少于外国投资者认缴出资额的 15%，并应当在外资企业营业执照签发之日起 90 天内缴清。

外国投资者未能在前款规定的期限内缴付第一期出资的，外资企业批准证书即自动失效。外资企业应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照；不办理注销登记手续和缴销营业执照的，由工商行政管理机关吊销其营业执照，并予以公告。

第三十二条 外国投资者缴付每期出资后，外资企业应当聘请中国的注册会计师验证，并出具验资报告，报审批机关和工商行政管理机关备案。

## 考点解析

### （一）概念与特征

#### 1. 概念

外资企业是指依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业。

#### 2. 特征

- （1）外资企业的全部资本都是由外国投资者投资的。
- （2）外资企业是中国籍企业，不同于外国的企业。
- （3）外资企业是独立的企业，不同于其他经济组织在中国境内的分支机构。

### （二）组织形式与注册资本

#### 1. 组织形式

外资企业首选的组织形式为具有中国法人资格的有限责任公司，如果采用其他组织形式，其前提条件是必须经批准，否则只能采取有限责任公司形式。

外资企业为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限。外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

#### 2. 注册资本

外资企业的注册资本，是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。

（1）外资企业在经营期间内不得减少其注册资本。但是，因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少的，须经审批机关批准。

（2）外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

（3）外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准并向工商行政管理机关备案。

（4）外资企业的各项保险应当向中国境内的保险公司投保。

### （三）出资方式与出资期限

#### 1. 外国投资者的出资方式

（1）货币出资：必须是可以自由兑换的货币，其他外币不允许；人民币出资，只能是外国投资者在中国境内举办外商投资企业赚取的利润才能用于设立外资企业的出资。

（2）机器设备出资：必须是外资企业所必需的；不得高于国际市场正常价格；将详细资料报审批机关。

（3）工业产权、专有技术出资：外国投资者享有所有权的；作价金额不得超过其注册

资本的 20%；详细资料报审批机关。

## 2. 出资期限

(1) 一次性出资的期限：在申请书和章程中载明；

(2) 分期出资的期限：第一期出资为外国投资者认缴的出资额的 15%，在营业执照签发的 90 天内缴清；最后一次出资在营业执照签发的 3 年内缴清；第一期出资后的各期出资应在约定期限的 30 天内缴清。

## 3. 法律后果

不按规定的时间和比例缴付第一期出资的或者第一期出资之外的出资超过 30 天未缴付的，批准证书自动失效，缴销或者吊销营业执照。

## 4. 验证

必须由中国的注册会计师验证。

### 真题演练

1. (2003 - 3 - 20)① 某外国公司在向我国政府申请设立外资企业时，存在以下情况，请问其中哪一项违反了我国法律的规定？

- A. 该外资企业由申请人独家出资设立
- B. 申请人要求将该外资企业登记为有限责任公司
- C. 申请人声明该外资企业将采用先进技术和设备，但其产品仅有 40% 出口
- D. 申请人声明该外资企业的各项保险将向中国境外的保险公司投保

2. (2004 - 3 - 27)② 某外商独资企业经 S 市人民政府批准成立。现该企业欲以其厂房作抵押，向某银行贷款 1 000 万元。该企业之抵押行为符合下列哪一选项才有效？

- A. 须经注册登记的工商行政管理机关批准
- B. 须经中国人民银行批准
- C. 须经国务院对外经济贸易主管部门批准
- D. 须经 S 市人民政府批准并报工商行政管理机关备案

## 考点二

## 外资企业的经营期限与终止

### 重点法条

#### 《外资企业法实施细则》

第七十一条 外资企业的经营期限，从其营业执照签发之日起计算。

外资企业经营期满需要延长经营期限的，应当在距经营期满 180 天前向审批机关报送延长经营期限的申请书。审批机关应当在收到申请书之日起 30 天内决定批准或者不批准。

外资企业经批准延长经营期限的，应当自收到批准延长期限文件之日起 30 天内，向工商行政管理机关办理变更登记手续。

第七十二条 外资企业有下列情形之一的，应予终止：

- ① D。
- ② D。





- (一) 经营期限届满；
- (二) 经营不善，严重亏损，外国投资者决定解散；
- (三) 因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失，无法继续经营；
- (四) 破产；
- (五) 违反中国法律、法规，危害社会公共利益被依法撤销；
- (六) 外资企业章程规定的其他解散事由已经出现。

外资企业如存在前款第（二）、（三）、（四）项所列情形，应当自行提交终止申请书，报审批机关核准。审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。

### 考点解析

#### 1. 经营期限

外资企业的经营期限由外国投资者申报，由审查批准机关批准。期满需要延长的，应当在期满 180 天以前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应当在接到申请之日起三十天内决定批准或者不批准。

#### 2. 终止

外资企业有下列情形之一的，应予终止：

- (1) 经营期限届满；
- (2) 经营不善，严重亏损，外国投资者决定解散；
- (3) 因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失，无法继续经营；
- (4) 破产；
- (5) 违反中国法律、法规，危害社会公共利益被依法撤销；
- (6) 外资企业章程规定的其他解散事由已经出现。

外资企业如存在以上第（2）（3）（4）项所列情形，应当自行提交终止申请书，报审批机关核准。审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。

### 真题演练

(2004-3-67)<sup>①</sup> 某外商独资企业因经营期满而进入清算，清算组从成立至清算终结前实施的哪些行为是违法的？

- A. 从外资企业的现存财产中优先支付了清算费用
- B. 未聘请在中国注册的会计师参加
- C. 同意外商留足偿债财产后将其余财产携带出境
- D. 不顾中国企业的同等出价将设备售给外国公司

<sup>①</sup> BCD。

# 第五章 《证券法》

## 第十六讲 证券市场

### 考点一 证券法的适用范围和基本原则

#### 重点法条

第二条 在中华人民共和国境内，股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易，适用本法；本法未规定的，适用《中华人民共和国公司法》和其他法律、行政法规的规定。

政府债券、证券投资基金份额的上市交易，适用本法；其他法律、行政法规另有规定的，适用其规定。

证券衍生品种发行、交易的管理办法，由国务院依照本法的原则规定。

#### 考点解析

##### 1. 本法的适用范围

(1) 空间效力：实行属地管辖原则，即在中华人民共和国境内的证券发行、交易行为适用本法。

(2) 适用对象：股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易；政府债券、证券投资基金份额的上市交易；证券衍生品种发行、交易的管理办法，由国务院依照本法的原则规定。注意，对于政府债券、证券投资基金份额，只有上市交易时才适用本法。

① 证券是表示一定权利的书面凭证。广义的证券包括商品证券、货币证券和资本证券。

商品证券是证明持有人有商品所有权或使用权的凭证，取得这种证券就等于取得这种商品的所有权，持有人对这种证券所代表的商品所有权受法律保护。属于商品证券的有提货单、运货单等。

货币证券是指本身能使持有人或第三者取得货币索取权的有价证券。货币证券主要包括两大类：一类是商业证券，主要包括商业汇票和商业本票；另一类是银行证券，主要包括银行汇票、银行本票和支票。

资本证券是指由金融投资或与金融投资有直接联系的活动而产生的证券。持有人有一定的收入请求权，它包括股票、债券、基金证券及其衍生品种如金融期货、可转换证券



等。资本证券是证券的主要形式，狭义的证券即指资本证券。在日常生活中人们通常把狭义的证券——资本证券直接称为有价证券乃至证券。

我国《证券法》中的证券只包括资本证券。

② 股票是股份有限公司签发的证明股东权利义务的要式有价证券，具有权利性、非返还性、风险性和流通性。

③ 债券是企业、金融机构或者政府为募集资金向社会公众发行的，保证在规定的时间内向债券持有人还本付息的有价证券。根据发行人的不同，分为企业、公司债券，金融债券和政府债券。

④ 证券衍生品种是指原生证券的衍生产品，分为证券型（如认股权证）和契约型（如股指期货、期权等）两大类，具有保值和投机双重功能。

## 2. 基本原则

分业经营、分业管理原则：证券业、银行业、保险业和信托业实行分业经营、分业管理。修订后的《证券法》增加了规定“国家另有规定的除外”。这为我国金融体制的进一步改革和证券市场的发展预留了空间，为金融分业经营向混业经营过渡打开了立法缺口。

## 考点二 证券机构

### 重点法条

第一百零二条 证券交易所是为证券集中交易提供场所和设施，组织和监督证券交易，实行自律管理的法人。

证券交易所的设立和解散，由国务院决定。

第一百零八条 有《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定的情形或者下列情形之一的，不得担任证券交易所的负责人：

（一）因违法行为或者违纪行为被解除职务的证券交易所、证券登记结算机构的负责人或者证券公司的董事、监事、高级管理人员，自被解除职务之日起未逾五年；

（二）因违法行为或者违纪行为被撤销资格的律师、注册会计师或者投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、验证机构的专业人员，自被撤销资格之日起未逾五年。

第一百二十三条 本法所称证券公司是指依照《中华人民共和国公司法》和本法规定设立的经营证券业务的有限责任公司或者股份有限公司。

第一百二十四条 设立证券公司，应当具备下列条件：

（一）有符合法律、行政法规规定的公司章程；

（二）主要股东具有持续盈利能力，信誉良好，最近三年无重大违法违规记录，净资产不低于人民币二亿元；

（三）有符合本法规定的注册资本；

（四）董事、监事、高级管理人员具备任职资格，从业人员具有证券从业资格；

（五）有完善的风险管理与内部控制制度；

（六）有合格的经营场所和业务设施；

（七）法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他



条件。

第一百二十五条 经国务院证券监督管理机构批准，证券公司可以经营下列部分或者全部业务：

- (一) 证券经纪；
- (二) 证券投资咨询；
- (三) 与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问；
- (四) 证券承销与保荐；
- (五) 证券自营；
- (六) 证券资产管理；
- (七) 其他证券业务。

第一百二十六条 证券公司必须在其名称中标明证券有限责任公司或者证券股份有限公司字样。

第一百二十七条 证券公司经营本法第一百二十五条第（一）项至第（三）项业务的，注册资本最低限额为人民币五千万元；经营第（四）项至第（七）项业务之一的，注册资本最低限额为人民币一亿元；经营第（四）项至第（七）项业务中两项以上的，注册资本最低限额为人民币五亿元。证券公司的注册资本应当是实缴资本。

国务院证券监督管理机构根据审慎监管原则和各项业务的风险程度，可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额。

第一百三十条 国务院证券监督管理机构应当对证券公司的净资本，净资本与负债的比例，净资本与净资产的比例，净资本与自营、承销、资产管理等业务规模的比例，负债与净资产的比例，以及流动资产与流动负债的比例等风险控制指标作出规定。

证券公司不得为其股东或者股东的关联人提供融资或者担保。

第一百三十一条 证券公司的董事、监事、高级管理人员，应当正直诚实，品行良好，熟悉证券法律、行政法规，具有履行职责所需的经营管理能力，并在任职前取得国务院证券监督管理机构核准的任职资格。

有《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定的情形或者下列情形之一的，不得担任证券公司的董事、监事、高级管理人员：

（一）因违法行为或者违纪行为被解除职务的证券交易所、证券登记结算机构的负责人或者证券公司的董事、监事、高级管理人员，自被解除职务之日起未逾五年；

（二）因违法行为或者违纪行为被撤销资格的律师、注册会计师或者投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、验证机构的专业人员，自被撤销资格之日起未逾五年。

第一百三十二条 因违法行为或者违纪行为被开除的证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构、证券公司的从业人员和被开除的国家机关工作人员，不得招聘为证券公司的从业人员。

第一百三十四条 国家设立证券投资者保护基金。证券投资者保护基金由证券公司缴纳的资金及其他依法筹集的资金组成，其筹集、管理和使用的具体办法由国务院规定。

第一百三十五条 证券公司从每年的税后利润中提取交易风险准备金，用于弥补证券交易的损失，其提取的具体比例由国务院证券监督管理机构规定。

第一百三十六条 证券公司应当建立健全内部控制制度，采取有效隔离措施，防范公





司与客户之间、不同客户之间的利益冲突。

证券公司必须将其证券经纪业务、证券承销业务、证券自营业务和证券资产管理业务分开办理，不得混合操作。

第一百三十七条 证券公司的自营业务必须以自己的名义进行，不得假借他人名义或者以个人名义进行。

证券公司的自营业务必须使用自有资金和依法筹集的资金。

证券公司不得将其自营账户借给他人使用。

第一百三十九条 证券公司客户的交易结算资金应当存放在商业银行，以每个客户的名义单独立户管理。具体办法和实施步骤由国务院规定。

证券公司不得将客户的交易结算资金和证券归入其自有财产。禁止任何单位或者个人以任何形式挪用客户的交易结算资金和证券。证券公司破产或者清算时，客户的交易结算资金和证券不属于其破产财产或者清算财产。非因客户本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行客户的交易结算资金和证券。

第一百四十二条 证券公司为客户买卖证券提供融资融券服务，应当按照国务院的规定并经国务院证券监督管理机构批准。

第一百四十三条 证券公司办理经纪业务，不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格。

第一百四十四条 证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。

第一百四十五条 证券公司及其从业人员不得未经过其依法设立的营业场所私下接受客户委托买卖证券。

第一百四十六条 证券公司的从业人员在证券交易活动中，执行所属的证券公司的指令或者利用职务违反交易规则的，由所属的证券公司承担全部责任。

第一百四十七条 证券公司应当妥善保存客户开户资料、委托记录、交易记录和与内部管理、业务经营有关的各项资料，任何人不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。上述资料的保存期限不得少于二十年。

第一百五十五条 证券登记结算机构是为证券交易提供集中登记、存管与结算服务，不以营利为目的的法人。

设立证券登记结算机构必须经国务院证券监督管理机构批准。

第一百五十六条 设立证券登记结算机构，应当具备下列条件：

- (一) 自有资金不少于人民币二亿元；
- (二) 具有证券登记、存管和结算服务所必须的场所和设施；
- (三) 主要管理人员和从业人员必须具有证券从业资格；
- (四) 国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

证券登记结算机构的名称中应当标明证券登记结算字样。

第一百六十二条 证券登记结算机构应当妥善保存登记、存管和结算的原始凭证及有关文件和资料。其保存期限不得少于二十年。

第一百六十九条 投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所从事证券服务业务，必须经国务院证券监督管理机构和有关主管部门批准。

第一百七十一条 投资咨询机构及其从业人员从事证券服务业务不得有下列行为：



- (一) 代理委托人从事证券投资；
- (二) 与委托人约定分享证券投资收益或者分担证券投资损失；
- (三) 买卖本咨询机构提供服务的上市公司股票；
- (四) 利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；
- (五) 法律、行政法规禁止的其他行为。

有前款所列行为之一，给投资者造成损失的，依法承担赔偿责任。

第一百七十三条 证券服务机构为证券的发行、上市、交易等证券业务活动制作、出具审计报告、资产评估报告、财务顾问报告、资信评级报告或者法律意见书等文件，应当勤勉尽责，对所依据的文件资料内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证。其制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人造成损失的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外。

第一百七十四条 证券业协会是证券业的自律性组织，是社会团体法人。

证券公司应当加入证券业协会。

证券业协会的权力机构为全体会员组成的会员大会。

第一百八十条 国务院证券监督管理机构依法履行职责，有权采取下列措施：

(一) 对证券发行人、上市公司、证券公司、证券投资基金管理公司、证券服务机构、证券交易所、证券登记结算机构进行现场检查；

(二) 进入涉嫌违法行为发生场所调查取证；

(三) 询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明；

(四) 查阅、复制与被调查事件有关的财产权登记、通讯记录等资料；

(五) 查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料；对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料，可以予以封存；

(六) 查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户和银行账户；对有证据证明已经或者可能转移或者隐匿违法资金、证券等涉案财产或者隐匿、伪造、毁损重要证据的，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以冻结或者查封；

(七) 在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以限制被调查事件当事人的证券买卖，但限制的期限不得超过十五个交易日；案情复杂的，可以延长十五个交易日。

第一百八十一条 国务院证券监督管理机构依法履行职责，进行监督检查或者调查，其监督检查、调查的人员不得少于二人，并应当出示合法证件和监督检查、调查通知书。监督检查、调查的人员少于二人或者未出示合法证件和监督检查、调查通知书的，被检查、调查的单位有权拒绝。

第一百八十五条 国务院证券监督管理机构应当与国务院其他金融监督管理机构建立监督管理信息共享机制。

国务院证券监督管理机构依法履行职责，进行监督检查或者调查时，有关部门应当予以配合。

## （一）证券交易所

1. 证券交易所的性质和职能。证券交易所是为证券集中交易提供场所和设施，组织和监督证券交易，实行自律管理的法人。值得注意的是，修订后的《证券法》删去了“不以营利为目的”的内容，这表明证券交易所不再一律是事业制法人，这也为今后以营利为目的的证券交易所的出现预留了空间。我国目前的上海、深圳两个证券交易所的章程还是规定“不以营利为目的”，是会员制的事业法人。

2. 证券交易所所有会员制和公司制两种。我国证券交易所目前的组织形式为会员制，但本法也没有明确规定我国的证券交易所应采用何种组织形式。

3. 证券交易所的设立和解散，由国务院决定。切记！除此之外，都是由证券监督管理机构决定。

4. 证券交易所设理事会。证券交易所设总经理一人，由国务院证券监督管理机构任免。

### 5. 职权

（1）为组织公平的集中竞价交易提供保障，公布证券交易即时行情，并按交易日制作证券市场行情表，予以公布。

（2）因突发性事件而影响证券交易的正常进行时，证券交易所可以采取技术性停牌的措施；因不可抗力的突发性事件或者为维护证券交易的正常秩序，证券交易所可以决定临时停市。证券交易所采取技术性停牌或者决定临时停市，必须及时报告国务院证券监督管理机构。

（3）证券交易所对证券交易实行实时监控，并按照国务院证券监督管理机构的要求，对异常的交易情况提出报告。包括4个方面的内容：行情监控、交易监控、证券监控和资金监控。

（4）证券交易所对证券交易实行实时监控，并按照国务院证券监督管理机构的要求，对异常的交易情况提出报告。

证券交易所应当对上市公司及相关信息披露义务人披露信息进行监督，督促其依法及时、准确地披露信息。

证券交易所根据需要，可以对出现重大异常交易情况的证券账户限制交易，并报国务院证券监督管理机构备案。

（5）审核股票、公司债券的上市、暂停上市、恢复上市或者终止上市等事务。

## （二）证券公司

### 1. 设立证券公司的条件

证券公司是指依照《中华人民共和国公司法》和《证券法》规定设立的经营证券业务的有限责任公司或者股份有限公司。

我国证券公司的设立采取审批制，设立证券公司，应当具备下列条件：

（1）有符合法律、行政法规规定的公司章程；

（2）主要股东具有持续盈利能力，信誉良好，最近3年无重大违法违规记录，净资产不低于人民币2亿元；





- (3) 有符合本法规定的注册资本；
- (4) 董事、监事、高级管理人员具备任职资格，从业人员具有证券从业资格；
- (5) 有完善的风险管理与内部控制制度；
- (6) 有合格的经营场所和业务设施；
- (7) 法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

## 2. 业务范围和注册资本

经国务院证券监督管理机构批准，证券公司可以经营下列部分或者全部业务：

- (1) 证券经纪；
- (2) 证券投资咨询；
- (3) 与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问；
- (4) 证券承销与保荐；
- (5) 证券自营；
- (6) 证券资产管理；
- (7) 其他证券业务。

证券公司必须在其名称中标明证券有限责任公司或者证券股份有限公司字样。

证券公司经营《证券法》第125条第1~3项业务的，注册资本最低限额为人民币5000万元；经营第4~7项业务之一的，注册资本最低限额为人民币1亿元；经营第4~7项业务中两项以上的，注册资本最低限额为人民币5亿元。证券公司的注册资本应当是实缴资本。国务院证券监督管理机构根据审慎监管原则和各项业务的风险程度，可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额。

## 3. 业务规范

(1) 须批准事项：证券公司设立、收购或者撤销分支机构，变更业务范围或者注册资本，变更持有5%以上股权的股东、实际控制人，变更公司章程中的重要条款，合并、分立、变更公司形式、停业、解散、破产，必须经国务院证券监督管理机构批准。证券公司在境外设立、收购或者参股证券经营机构，必须经国务院证券监督管理机构批准。

(2) 证券公司为客户买卖证券提供融资融券服务，应当按照国务院的规定并经国务院证券监督管理机构批准。

(3) 证券公司不得为其股东或者股东的关联人提供融资或者担保。

(4) 证券公司办理经纪业务，不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格。不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。

(5) 证券公司及其从业人员不得未经过其依法设立的营业场所私下接受客户委托买卖证券。证券公司的从业人员在证券交易活动中，执行所属的证券公司的指令或者利用职务违反交易规则的，由所属的证券公司承担全部责任。

(6) 证券公司应当妥善保存客户开户资料、委托记录、交易记录和与内部管理、业务经营有关的各项资料，任何人不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。上述资料的保存期限不得少于20年。

(7) 国家设立证券投资者保护基金。证券投资者保护基金，由证券公司缴纳的资金及其他依法筹集的资金组成，其筹集、管理和使用的具体办法由国务院规定。



(8) 证券公司从每年的税后利润中提取交易风险准备金,用于弥补证券交易的损失,其提取的具体比例由国务院证券监督管理机构规定。

(9) 证券公司应当建立健全内部控制制度,采取有效隔离措施,防范公司与客户之间、不同客户之间的利益冲突。

### (三) 证券登记结算机构

1. 概念:为证券交易提供集中的登记、托管与结算服务,是不以营利为目的的法人。

设立证券登记结算机构必须经国务院证券监督管理机构批准。

2. 设立条件:设立证券登记结算机构必须经国务院证券监督管理机构批准。①自有资金不少于人民币2亿元;②具有证券登记、存管和结算服务所必须的场所和设施;③主要管理人员和从业人员必须具有证券从业资格;④国务院证券监督管理机构规定的其他条件。⑤证券登记结算机构的名称中应当标明证券登记结算字样。应当妥善保存登记、存管和结算的原始凭证及有关文件和资料保存期不少于20年。设立结算风险基金,并存入指定银行的专门账户。

3. 职能:证券登记结算机构履行下列职能:

- (1) 证券账户、结算账户的设立;
- (2) 证券的存管和过户;
- (3) 证券持有人名册登记;
- (4) 证券交易所上市证券交易的清算和交收;
- (5) 受发行人的委托派发证券权益;
- (6) 办理与上述业务有关的查询;
- (7) 国务院证券监督管理机构批准的其他业务

### (四) 证券服务机构

1. 禁止行为:投资咨询机构及其从业人员从事证券服务业务不得有下列行为:

- (1) 代理委托人从事证券投资;
- (2) 与委托人约定分享证券投资收益或者分担证券投资损失;
- (3) 买卖本咨询机构提供服务的上市公司股票;
- (4) 利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息;
- (5) 法律、行政法规禁止的其他行为。

有前款所列行为之一,给投资者造成损失的,依法承担赔偿责任。

2. 证券服务机构制作、出具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的文件的法律  
责任:

(1) 归责原则是过错推定原则,即能够证明自己没有过错的,不承担责任。如果不能证明自己没有过错,则推定其有过错。

(2) 与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。即受害人可以向证券服务机构提出赔偿损失的请求,也可以直接向发行人、上市公司提出赔偿的请求,也可以同时向二者提出赔偿请求。

### (五) 证券业协会

证券业协会是证券业的自律性组织,是社会团体法人。证券公司应当加入证券业协会。





证券业协会的权力机构为由全体会员组成的会员大会。证券业协会的章程由会员大会制定，并报国务院证券监督管理机构备案。

## （六）证券监督管理机构

1. 目的：设定目的是依法对证券市场实行监督管理，维护证券市场秩序，保障其合法运行。

2. 职责：

- （1）依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则，并依法行使审批或者核准权；
- （2）依法对证券的发行、上市、交易、登记、存管、结算，进行监督管理；
- （3）依法对证券发行人、上市公司、证券公司、证券投资基金管理公司、证券服务机构、证券交易所、证券登记结算机构的证券业务活动，进行监督管理；
- （4）依法制定从事证券业务人员的资格标准和行为准则，并监督实施；
- （5）依法监督检查证券发行、上市和交易的信息公开情况；
- （6）依法对证券业协会的活动进行指导和监督；
- （7）依法对违反证券市场监督管理法律、行政法规的行为进行查处；
- （8）法律、行政法规规定的其他职责。国务院证券监督管理机构可以和其他国家或者地区的证券监督管理机构建立监督管理合作机制，实施跨境监督管理。

3. 有权采取的措施：国务院证券监督管理机构依法履行职责，有权采取下列措施：

- （1）对证券发行人、上市公司、证券公司、证券投资基金管理公司、证券服务机构、证券交易所、证券登记结算机构进行现场检查；
- （2）进入涉嫌违法行为发生场所调查取证；
- （3）询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明；
- （4）查阅、复制与被调查事件有关的财产权登记、通讯记录等资料；
- （5）查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料；对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料，可以予以封存；
- （6）查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户和银行账户；对有证据证明已经或者可能转移或者隐匿违法资金、证券等涉案财产或者隐匿、伪造、毁损重要证据的，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以冻结或者查封；
- （7）在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以限制被调查事件当事人的证券买卖，但限制的期限不得超过 15 个交易日；案情复杂的，可以延长 15 个交易日。



1. (2004 - 1 - 23)<sup>①</sup> 因突发性事件而影响证券交易正常进行时, 证券交易所可以采取下列哪一措施?

- A. 政策性停牌
- B. 技术性停牌
- C. 临时停市
- D. 休市

2. (2007 - 1 - 75)<sup>②</sup> 根据《证券法》规定和证券法原理, 下列哪些选项是正确的?

- A. 证券法上的证券均具有流通性
- B. 证券代表的权利可以是债权
- C. 所有证券投资均具有风险性
- D. 所有证券发行均应公开进行

3. (2009 - 3 - 34)<sup>③</sup> 关于证券交易所, 下列哪一表述是正确的?

- A. 会员制证券交易所从事业务的盈余和积累的财产可按比例分配给会员
- B. 证券交易所总理由理事会选举产生并报国务院证券监督管理机构批准
- C. 证券交易所制定和修改章程应报国务院证券监督管理机构备案
- D. 证券交易所的设立和解散必须由国务院决定

4. (2008 - 1 - 69)<sup>④</sup> 证券公司的下列行为, 哪些是《证券法》所禁止的?

- A. 为客户买卖证券提供融资融券服务
- B. 有偿使用客户的交易结算资金
- C. 将自营账户借给他人使用
- D. 接受客户的全权委托

5. (2009 - 3 - 78)<sup>⑤</sup> 某证券公司在业务活动中实施了下列行为, 其中哪些违反《证券法》规定?

- A. 经股东会决议为公司股东提供担保
- B. 为其客户买卖证券提供融资服务
- C. 对其客户证券买卖的收益作出不低于一定比例的承诺
- D. 接受客户的全权委托, 代理客户决定证券买卖的种类与数量

① B。  
② ABCD。  
③ D。  
④ BCD。  
⑤ ACD。



## 第十七讲 证券发行

### 考点一 证券发行方式

#### 重点法条

第十条 公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准；未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券。

有下列情形之一的，为公开发行：

- (一) 向不特定对象发行证券的；
- (二) 向特定对象发行证券累计超过二百人的；
- (三) 法律、行政法规规定的其他发行行为。

非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

第十一条 发行人申请公开发行股票、可转换为股票的公司债券，依法采取承销方式的，或者公开发行法律、行政法规规定实行保荐制度的其他证券的，应当聘请具有保荐资格的机构担任保荐人。

保荐人应当遵守业务规则和行业规范，诚实守信，勤勉尽责，对发行人的申请文件和信息披露资料进行审慎核查，督导发行人规范运作。

保荐人的资格及其管理办法由国务院证券监督管理机构规定。

#### 考点解析

1. 公开发行。有下列情形之一的，为公开发行：①向不特定对象发行证券。就是向社会公众发行。②向特定对象发行证券累计超过200人。这里的特定对象主要包括发行人的内部人员，如股东、公司员工，以及与发行人有联系的公司、机构和人员。另一类是机构投资者，如基金管理公司、保险公司等。注意是累计超过200人。如果向特定对象发行证券，无论发行多少次，只要累计起来超过200人，就是公开发行。③法律、行政法规规定的其他发行行为。

2. 非公开发行。证券就是向一定数量的特定对象发行证券。注意，非公开发行不得采取公开的方式，以及广告、公开劝诱和变相公开的方式。

3. 保荐制度。保荐制度又称保荐人制度，是指由保荐人（券商）对发行人发行证券进行推荐和辅导，并核实公司发行文件中索债资料是否真实、准确、完整。协助发行人建立严格的信息披露制度，承担风险防范责任等一系列制度的总称。

实行保荐制度的证券范围：①公开发行股票、可转换为股票的公司债券，依法采取承销方式的。注意只有是采取承销方式的，才必须实行保荐制度。②公开发行法律、行政法规规定实行保荐制度的其他证券的。



## 考点二 股票与公司债券的发行

### 重点法条

第十三条 公司公开发行新股，应当符合下列条件：

- (一) 具备健全且运行良好的组织机构；
- (二) 具有持续盈利能力，财务状况良好；
- (三) 最近三年财务会计文件无虚假记载，无其他重大违法行为；
- (四) 经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

上市公司非公开发行新股，应当符合经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

第十四条 公司公开发行新股，应当向国务院证券监督管理机构报送募股申请和下列文件：

- (一) 公司营业执照；
- (二) 公司章程；
- (三) 股东大会决议；
- (四) 招股说明书；
- (五) 财务会计报告；
- (六) 代收股款银行的名称及地址；
- (七) 承销机构名称及有关的协议。

依照本法规定聘请保荐人的，还应当报送保荐人出具的发行保荐书。

第十五条 公司对公开发行股票所募集资金，必须按照招股说明书所列资金用途使用。改变招股说明书所列资金用途，必须经股东大会作出决议。擅自改变用途而未作纠正的，或者未经股东大会认可的，不得公开发行新股。

### 考点解析

#### (一) 股票发行

股票发行有两种方式：一是为设立新公司而首次发行的股票，即设立发行；二是为扩大已有的公司规模而发行新股，即增资发行。

##### 1. 设立股份有限公司公开发行股票的条件

- (1) 《公司法》规定的条件。
- (2) 经国务院批准的证监会规定的其他条件。

此外，向国务院证券监督管理机构报送募股申请和下列文件：

- (1) 公司章程；
- (2) 发起人协议；
- (3) 发起人姓名或者名称，发起人认购的股份数、出资种类及验资证明；
- (4) 招股说明书；
- (5) 代收股款银行的名称及地址；
- (6) 承销机构名称及有关的协议。





依照本法规定聘请保荐人的，还应当报送保荐人出具的发行保荐书。

法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，还应当提交相应的批准文件。

## 2. 公开发行新股

(1) 公开发行新股的条件。公司公开发行新股，应当符合下列条件：

- ① 具备健全且运行良好的组织机构；
- ② 具有持续盈利能力，财务状况良好；
- ③ 最近三年财务会计文件无虚假记载，无其他重大违法行为；
- ④ 经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

上市公司非公开发行新股，应当符合经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

(2) 新股发行的申请文件。公司公开发行新股，应当向国务院证券监督管理机构报送募股申请和下列文件：

- ① 公司营业执照；
- ② 公司章程；
- ③ 股东大会决议；
- ④ 招股说明书；
- ⑤ 财务会计报告；
- ⑥ 代收股款银行的名称及地址；
- ⑦ 承销机构名称及有关的协议。

依照本法规定聘请保荐人的，还应当报送保荐人出具的发行保荐书。

## 3. 非公开发行新股

如果采取非公开发行新股的方式，则不需要具备法定条件，不需要报经国务院证券监督管理机构核准。但对于上市公司非公开发行新股，应当符合经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。也就是说，上市公司无论是公开发行新股还是非公开发行新股，都要符合条件，都要报经国务院证券监督管理机构核准。

## 4. 资金用途限制规定

公司对公开发行股票所募集资金，必须按照招股说明书所列资金用途使用。改变招股说明书所列资金用途，必须经股东大会作出决议。擅自改变用途而未作纠正的，或者未经股东大会认可的，不得公开发行新股。

## (二) 公司债券发行

### 1. 公开发行公司债券的条件

公开发行公司债券，应当符合下列条件：

- (1) 股份有限公司的净资产不低于人民币 3 000 万元，有限责任公司的净资产不低于人民币 6 000 万元；
- (2) 累计债券余额不超过公司净资产的 40%；
- (3) 最近 3 年平均可分配利润足以支付公司债券 1 年的利息；
- (4) 筹集的资金投向符合国家产业政策；
- (5) 债券的利率不超过国务院限定的利率水平；
- (6) 国务院规定的其他条件。

公开发行公司债券筹集的资金，必须用于核准的用途，不得用于弥补亏损和非生产性

支出。

上市公司发行可转换为股票的公司债券，除应当符合第一款规定的条件外，还应当符合本法关于公开发行股票的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

## 2. 不得再次发行公司债券的情形

有下列情形之一的，不得再次公开发行公司债券：

- (1) 前一次公开发行的公司债券尚未募足；
- (2) 对已公开发行的公司债券或者其他债务有违约或者延迟支付本息的事实，仍处于继续状态；
- (3) 违反本法规定，改变公开发行公司债券所募资金的用途。

## 真题演练

(2008-1-67)<sup>①</sup> 某上市公司招股说明书中列明的募集资金用途是环保新技术研发。现公司董事会决议将募集资金用于购置办公大楼。对此，下列哪些选项是正确的？

- A. 未经股东大会决议批准，公司董事会不得实施此项购置计划
- B. 如果股东大会决议不批准，公司董事会坚持此项购置计划，证券监督管理机构有权责令该公司改正
- C. 证券监督管理机构有权对擅自改变募集资金用途的该公司责任人员处以罚款
- D. 在未经股东大会批准而实施了此项购置计划的情况下，该公司可以通过发行新股来解决环保新技术研发的资金需求

## 考点三 发行承销

### 重点法条

第二十八条 发行人向不特定对象发行的证券，法律、行政法规规定应当由证券公司承销的，发行人应当同证券公司签订承销协议。证券承销业务采取代销或者包销方式。

证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。

证券包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者在承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。

第三十二条 向不特定对象发行的证券票面总值超过人民币五千万元的，应当由承销团承销。承销团应当由主承销和参与承销的证券公司组成。

第三十三条 证券的代销、包销期限最长不得超过九十日。

证券公司在代销、包销期内，对所代销、包销的证券应当保证先行出售给认购人，证券公司不得为本公司预留所代销的证券和预先购入并留存所包销的证券。

第三十四条 股票发行采取溢价发行的，其发行价格由发行人与承销的证券公司协商确定。

第三十五条 股票发行采用代销方式，代销期限届满，向投资者出售的股票数量未达

<sup>①</sup> ABC。



到拟公开发行股票数量百分之七十的，为发行失败。发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还股票认购人。

### 考点解析

#### 1. 承销方式

发行人向不特定对象发行的证券，法律、行政法规规定应当由证券公司承销的，发行人应当同证券公司签订承销协议。证券承销业务采取代销或者包销方式。

(1) 证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。

(2) 证券包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者在承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。

(3) 向不特定对象发行的证券票面总值超过人民币 5000 万元的，应当由承销团承销。承销团应当由主承销和参与承销的证券公司组成。

#### 2. 承销期限及禁止事项

证券的代销、包销期限最长不得超过 90 日。

证券公司在代销、包销期内，对所代销、包销的证券应当保证先行出售给认购人，证券公司不得为本公司预留所代销的证券和预先购入并留存所包销的证券。

#### 3. 股票溢价发行价格的确定

股票发行采取溢价发行的，发行价格的确定是由发行人与承销的证券公司协商确定。注意，不需要国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门的审核。

溢价发行所得的溢价款列入公司的资本公积金，不能用于弥补亏损，只能转增资本。

#### 4. 代销发行失败的后果

股票发行采用代销方式，代销期限届满，向投资者出售的股票数量未达到拟公开发行股票数量 70% 的，为发行失败。发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还股票认购人。





## 第十八讲 证券交易

### 考点一 证券交易的一般规定

#### 重点法条

第四十条 证券在证券交易所上市交易，应当采用公开的集中交易方式或者国务院证券监督管理机构批准的其他方式。

第四十一条 证券交易当事人买卖的证券可以采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他方式。

第四十二条 证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。

第四十三条 证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员、证券监督管理机构的工作人员以及法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定期限内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。

任何人在成为前款所列人员时，其原已持有的股票，必须依法转让。

第四十四条 证券交易所、证券公司、证券登记结算机构必须依法为客户开立的账户保密。

第四十五条 为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，在该股票承销期内和期满后六个月内，不得买卖该种股票。

除前款规定外，为上市公司出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后五日内，不得买卖该种股票。

第四十七条 上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有百分之五以上股份的，卖出该股票不受六个月时间限制。

公司董事会不按照前款规定执行的，股东有权要求董事会在三十日内执行。公司董事会未在上述期限内执行的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

公司董事会不按照第一款的规定执行的，负有责任的董事依法承担连带责任。

第五十条 股份有限公司申请股票上市，应当符合下列条件：

- (一) 股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行；
- (二) 公司股本总额不少于人民币三千万元；
- (三) 公开发行的股份达到公司股份总数的百分之二十五以上；公司股本总额超过人民币四亿元的，公开发行股份的比例为百分之十以上；
- (四) 公司最近三年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载。





证券交易所可以规定高于前款规定的上市条件，并报国务院证券监督管理机构批准。

第五十五条 上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其股票上市交易：

- （一）公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；
- （二）公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，可能误导投资者；
- （三）公司有重大违法行为；
- （四）公司最近三年连续亏损；
- （五）证券交易所上市规则规定的其他情形。

第五十六条 上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其股票上市交易：

- （一）公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件，在证券交易所规定的期限内仍不能达到上市条件；
- （二）公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，且拒绝纠正；
- （三）公司最近三年连续亏损，在其后一个年度内未能恢复盈利；
- （四）公司解散或者被宣告破产；
- （五）证券交易所上市规则规定的其他情形。

第五十七条 公司申请公司债券上市交易，应当符合下列条件：

- （一）公司债券的期限为一年以上；
- （二）公司债券实际发行额不少于人民币五千万元；
- （三）公司申请债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

第六十条 公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其公司债券上市交易：

- （一）公司有重大违法行为；
- （二）公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；
- （三）发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用；
- （四）未按照公司债券募集办法履行义务；
- （五）公司最近二年连续亏损。

第六十一条 公司有前条第（一）项、第（四）项所列情形之一经查实后果严重的，或者有前条第（二）项、第（三）项、第（五）项所列情形之一，在限期内未能消除的，由证券交易所决定终止其公司债券上市交易。

公司解散或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市交易。

第六十九条 发行人、上市公司公告的招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告以及其他信息披露资料，有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、上市公司应当承担赔偿责任；发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人、上市公司的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。

## （一）一般规定

1. 交易种类：采取现货和国务院规定的其他方式交易。证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。

证券交易不再必须是现货交易，还可以国务院规定的其他方式进行交易。根据订约和清算期限的关系划分，可将证券交易分为现货交易、期货（股指期货）交易、期权（股票期权和股票指数期权）交易等。

2. 交易方式：证券的交易方式不但可以采取集中交易方式，还可以采取国务院证券监督管理机构批准的其他方式。集中交易方式包括集中竞价和大宗交易两种形式。

3. 交易场所：依法公开发行的股票、公司债券及其他证券，应当在依法设立的证券交易所上市交易或者在国务院批准的其他证券交易场所转让。

4. 证券从业人员等持有、买卖、受赠股票的禁止：证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员、证券监督管理机构的工作人员以及法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。

任何人在成为前款所列人员时，其原已持有的股票，必须依法转让。

5. 证券服务机构人员股票交易的限制：为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，在该股票承销期内和期满后6个月内，不得买卖该种股票。

除前款规定外，为上市公司出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后5日内，不得买卖该种股票。

6. 账户保密义务：证券交易所、证券公司、证券登记结算机构必须依法为客户开立的账户保密。

7. 短线交易禁止：上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份5%以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后6个月内卖出，或者在卖出后6个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有5%以上股份的，卖出该股票不受6个月时间限制。

公司董事会不按照前款规定执行的，股东有权要求董事会在30日内执行。公司董事会未在上述期限内执行的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

公司董事会不按照第一款的规定执行的，负有责任的董事依法承担连带责任。

## （二）证券上市

### 1. 证券上市申请

申请证券上市交易，应当向证券交易所提出申请，由证券交易所依法审核同意，并由双方签订上市协议。

证券交易所根据国务院授权的部门的决定安排政府债券上市交易。

### 2. 股票上市条件

股份有限公司申请股票上市，应当符合下列条件：





(1) 股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行；

(2) 公司股本总额不少于人民币 3 000 万元；

(3) 公开发行的股份达到公司股份总数的 25% 以上；公司股本总额超过人民币 4 亿元的，公开发行股份的比例为 10% 以上；

(4) 公司最近 3 年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载。

证券交易所可以规定高于前款规定的上市条件，并报国务院证券监督管理机构批准。

### 3. 股票暂停上市的情形

上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其股票上市交易：

(1) 公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；

(2) 公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，可能误导投资者；

(3) 公司有重大违法行为；

(4) 公司最近 3 年连续亏损；

(5) 证券交易所上市规则规定的其他情形。

### 4. 股票终止上市的情形

上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其股票上市交易：

(1) 公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件，在证券交易所规定的期限内仍不能达到上市条件；

(2) 公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，且拒绝纠正；

(3) 公司最近 3 年连续亏损，在其后一个年度内未能恢复盈利；

(4) 公司解散或者被宣告破产；

(5) 证券交易所上市规则规定的其他情形。

### 5. 公司债券上市的条件

公司申请公司债券上市交易，应当符合下列条件：

(1) 公司债券的期限为 1 年以上；

(2) 公司债券实际发行额不少于人民币 5 000 万元；

(3) 公司申请债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

### 6. 公司债券上市资格暂停的情形

公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其公司债券上市交易：

(1) 公司有重大违法行为；

(2) 公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；

(3) 发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用；

(4) 未按照公司债券募集办法履行义务；

(5) 公司最近 2 年连续亏损。

公司有前条第 1 项、第 4 项所列情形之一经查实后果严重的，或者有前条第 2 项、第 3 项、第 5 项所列情形之一，在限期内未能消除的，由证券交易所决定终止其公司债券上市交易。

公司解散或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市交易。



### （三）信息公开制度

#### 1. 年度报告

上市公司和公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度结束之日起4个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送记载以下内容的年度报告，并予公告：

- （1）公司概况；
- （2）公司财务会计报告和经营情况；
- （3）董事、监事、高级管理人员简介及其持股情况；
- （4）已发行的股票、公司债券情况，包括持有公司股份最多的前十名股东的名单和持股数额；
- （5）公司的实际控制人；
- （6）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

#### 2. 中期报告

上市公司和公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度的上半年结束之日起2个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送记载以下内容的中期报告，并予公告：

- （1）公司财务会计报告和经营情况；
- （2）涉及公司的重大诉讼事项；
- （3）已发行的股票、公司债券变动情况；
- （4）提交股东大会审议的重要事项；
- （5）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

#### 3. 重大事件公告

发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的重大事件，投资者尚未得知时，上市公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送临时报告，并予公告，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果。

下列情况为前款所称重大事件：

- （1）公司的经营方针和经营范围的重大变化；
- （2）公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；
- （3）公司订立重要合同，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；
- （4）公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；
- （5）公司发生重大亏损或者重大损失；
- （6）公司生产经营的外部条件发生的重大变化；
- （7）公司的董事、1/3以上监事或者经理发生变动；
- （8）持有公司5%以上股份的股东或者实际控制人，其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化；
- （9）公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；
- （10）涉及公司的重大诉讼，股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效；
- （11）公司涉嫌犯罪被司法机关立案调查，公司董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被司法机关采取强制措施；
- （12）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

#### 4. 虚假信息责任

发行人、上市公司公告的招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告





文件、年度报告、中期报告、临时报告以及其他信息披露资料，有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、上市公司应当承担赔偿责任；发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人、上市公司的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。

#### （四）禁止的交易行为

##### 1. 内幕交易的禁止

禁止证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易活动。

（1）知情人员的范围。证券交易内幕信息的知情人包括：

- ① 发行人的董事、监事、高级管理人员；
- ② 持有公司5%以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；
- ③ 发行人控股的公司及其董事、监事、高级管理人员；
- ④ 由于所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的人员；
- ⑤ 证券监督管理机构工作人员以及由于法定职责对证券的发行、交易进行管理的其他人员；
- ⑥ 保荐人、承销的证券公司、证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员；
- ⑦ 国务院证券监督管理机构规定的其他人员。

（2）内幕信息的范围。证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕信息。下列信息皆属内幕信息：

- ① 《证券法》第67条第2款所列重大事件；
- ② 公司分配股利或者增资的计划；
- ③ 公司股权结构的重大变化；
- ④ 公司债务担保的重大变更；
- ⑤ 公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的30%；
- ⑥ 公司的董事、监事、高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；
- ⑦ 上市公司收购的有关方案；
- ⑧ 国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。

（3）内幕信息利用的禁止。证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买卖该公司的证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券。

持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有公司5%以上股份的自然人、法人、其他组织收购上市公司的股份，本法另有规定的，适用其规定。

内幕交易行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

##### 2. 操纵证券市场行为

禁止任何人以下列手段操纵证券市场：

（1）单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量；





(2) 与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；

(3) 在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；

(4) 以其他手段操纵证券市场。

操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

### 3. 欺诈客户行为的禁止

禁止证券公司及其从业人员从事下列损害客户利益的欺诈行为：

(1) 违背客户的委托为其买卖证券；

(2) 不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件；

(3) 挪用客户所委托买卖的证券或者客户账户上的资金；

(4) 未经客户的委托，擅自为客户买卖证券，或者假借客户的名义买卖证券；

(5) 为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖；

(6) 利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；

(7) 其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

欺诈客户行为给客户造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

### 4. 其他的禁止行为

(1) 禁止法人非法利用他人账户从事证券交易；禁止法人出借自己或者他人的证券账户。

(2) 依法拓宽资金入市渠道，禁止资金违规流入股市。

(3) 禁止任何人挪用公款买卖证券。

(4) 国有企业和国有资产控股的企业买卖上市交易的股票，必须遵守国家有关规定。

(5) 证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其从业人员对证券交易中发现的禁止的交易行为，应当及时向证券监督管理机构报告。

## 真题演练

1. (2005-1-28)<sup>①</sup> 对于下列有关证券交易的问题，哪一个应该给以否定的回答？

A. 股票交易是不是只能在证券交易所进行

B. 证券交易能不能以期货方式进行

C. 证券公司向客户融资进行证券交易是否为法律所禁止

D. 证券交易所自主调整的交易收费标准是否违法

2. (2008-1-68)<sup>②</sup> 某上市公司董事吴某，持有该公司6%的股份。吴某将其持有的该公司股票在买入后的第5个月卖出，获利600万元。关于此收益，下列哪些选项是正确的？

A. 该收益应当全部归公司所有

B. 该收益应由公司董事会负责收回

C. 董事会不收回该收益的，股东有权要求董事会限期收回

D. 董事会未在规定期限内执行股东关于收回吴某收益的要求的，股东有权代替董事

<sup>①</sup> B。

<sup>②</sup> ABC。



会以公司名义直接向法院提起收回该收益的诉讼

3. (2005-1-77)<sup>①</sup> 甲公司的股票上市文件公告以后, 一些投资者提出质疑。下列哪些质疑有法律根据?

- A. 公告文件披露了最大的 10 名股东的名单, 但没有说明他们的持股数额
- B. 公告文件披露了董事、监事和高级管理人员的简历, 但没有说明他们持有本公司股票、债券的情况
- C. 公告文件披露了最近三年的盈利情况, 但没有报告公司未来三年的盈利预测
- D. 公告文件提供了股东大会的申请上市决议, 但没有提供主要债权人的同意书

4. (2003-1-55)<sup>②</sup> 甲股份有限公司债券上市交易后因出现法定情形被暂停上市。下列哪些表述符合暂停上市的规定?

- A. 甲公司最近 2 年连续亏损
- B. 甲公司的法定代表人发生变更
- C. 甲公司发生重大违法行为
- D. 甲公司未按照公司债券募集办法的规定履行义务

## 考点二 特殊的证券交易——上市公司收购

### 重点法条

第八十五条 投资者可以采取要约收购、协议收购及其他合法方式收购上市公司。

第八十六条 通过证券交易所的证券交易, 投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到百分之五时, 应当在该事实发生之日起三日内, 向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告, 通知该上市公司, 并予公告; 在上述期限内, 不得再行买卖该上市公司的股票。

投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到百分之五后, 其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少百分之五, 应当依照前款规定进行报告和公告。在报告期限内和作出报告、公告后二日内, 不得再行买卖该上市公司的股票。

第八十八条 通过证券交易所的证券交易, 投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到百分之三十时, 继续进行收购的, 应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。

收购上市公司部分股份的收购要约应当约定, 被收购公司股东承诺出售的股份数额超过预定收购的股份数额的, 收购人按比例进行收购。

第九十条 收购人在依照前条规定报送上市公司收购报告书之日起十五日后, 公告其收购要约。在上述期限内, 国务院证券监督管理机构发现上市公司收购报告书不符合法律、行政法规规定的, 应当及时告知收购人, 收购人不得公告其收购要约。

收购要约约定的收购期限不得少于三十日, 并不得超过六十日。

① AB。

② ACD。



第九十六条 采取协议收购方式的，收购人收购或者通过协议、其他安排与他人共同收购一个上市公司已发行的股份达到百分之三十时，继续进行收购的，应当向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。但是，经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外。

收购人依照前款规定以要约方式收购上市公司股份，应当遵守本法第八十九条至第九十三条的规定。

第九十七条 收购期限届满，被收购公司股权分布不符合上市条件的，该上市公司的股票应当由证券交易所依法终止上市交易；其余仍持有被收购公司股票的股东，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。

收购行为完成后，被收购公司不再具备股份有限公司条件的，应当依法变更企业形式。

第九十八条 在上市公司收购中，收购人持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的十二个月内不得转让。

## 考点解析

### （一）上市公司收购的方式

#### 1. 要约收购

要约收购是指投资者向目标公司的所有股东发出要约，表明愿意以要约中的条件购买目标公司的股票，以期达到对目标公司控制权的获得和巩固。要约收购可以分为强制要约收购和自愿要约收购。本法规定的是强制要约收购，是指投资者持有一个上市公司的股份达到一定比例时，如果愿意继续购入该公司的股份，应当依法向该上市公司的所有股东发出收购要约，表示愿意以收购要约中的条件购买该上市公司的股份。要约收购可以是购买上市公司全部或者部分的股份。

#### 2. 协议收购

协议收购是指投资者在证券交易所外与目标公司的股东（主要是持股比较高的大股东）就股票的价格、数量等方面进行私下协商，购买目标公司的股票，以期达到对目标公司控制权的获得和巩固。协议收购时，达成协议后，收购人必须在3日内将该收购协议向国务院证券监督管理机构及证券交易所作出书面报告，并予以公告。在没有作出公告前，不得履行收购协议。

#### 3. 其他合法方式

新《证券法》在确定要约收购、协议收购作为主要收购方式的基础上，也允许其他合法方式收购上市公司，为其他收购方式的出现预留了法律空间。根据《上市公司收购管理办法》，上市公司的收购除要约收购和协议收购外还可以包括：在证券交易场所以集中竞价交易方式收购上市公司股权，通过国有股权划转、法院裁决、继承、赠与等合法途径获得上市公司的股权等各类上市公司收购形式，国外更有“私下协议收购”、“合并收购”等各种上市公司收购形式。因此，新《证券法》对于收购方式作出灵活规定符合上市公司收购的发展规律和方向。

### （二）要约收购

#### 1. 大股东持股披露义务

（1）通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持



有一个上市公司已发行的股份达到5%时，应当在该事实发生之日起3日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公司，并予公告；在上述期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。

(2) 投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到5%后，其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少5%，应当依照前款规定进行报告和公告。在报告期限内和作出报告、公告后2日内，不得再行买卖该上市公司的股票。

## 2. 强制要约收购制度

### (1) 强制要约收购持股的比例

通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到30%时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。

### (2) 取消强制性全面收购的规定，修改为可以按比例收购部分股份

收购上市公司部分股份的收购要约应当约定，被收购公司股东承诺出售的股份数额超过预定收购的股份数额的，收购人按比例进行收购。

### (3) 强制要约收购的期限

收购人在依照前条规定报送上市公司收购报告书之日起15日后，公告其收购要约。在上述期限内，国务院证券监督管理机构发现上市公司收购报告书不符合法律、行政法规规定的，应当及时告知收购人，收购人不得公告其收购要约。

收购要约约定的收购期限不得少于30日，并不得超过60日。

### (4) 收购要约撤回的限制

在收购要约确定的承诺期限内，收购人不得撤销其收购要约。收购人需要变更收购要约的，必须事先向国务院证券监督管理机构及证券交易所提出报告，经批准后，予以公告。

## (三) 协议收购

### 协议收购的方式及公告

1. 采取协议收购方式的，收购人可以依照法律、行政法规的规定同被收购公司的股东以协议方式进行股份转让。

2. 以协议方式收购上市公司时，达成协议后，收购人必须在3日内将该收购协议向国务院证券监督管理机构及证券交易所作出书面报告，并予公告。

在公告前不得履行收购协议。

3. 采取协议收购方式的，协议双方可以临时委托证券登记结算机构保管协议转让的股票，并将资金存放于指定的银行。

4. 协议收购要约的发出。采取协议收购方式的，收购人收购或者通过协议、其他安排与他人共同收购一个上市公司已发行的股份达到30%时，继续进行收购的，应当向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。但是，经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外。

(注意：新《证券法》不但在上市公司收购中引入了全面收购和部分收购这一新的收购概念，而且仅仅将可以免除发出全面要约收购的情况赋予了协议收购，采用要约收购将不能再获得全面或者部分要约收购的豁免。这是一个重要的区别，要引起注意)。

#### （四）上市公司收购的法律后果

1. 收购期限届满，被收购公司股权分布不符合上市条件的，该上市公司的股票应当由证券交易所依法终止上市交易；其余仍持有被收购公司股票的股东，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。

收购行为完成后，被收购公司不再具备股份有限公司条件的，应当依法变更企业形式。

2. 在上市公司收购中，收购人持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的12个月内不得转让。

3. 收购行为完成后，收购人与被收购公司合并，并将该公司解散的，被解散公司的原有股票由收购人依法更换。

4. 收购行为完成后，收购人应当在15日内将收购情况报告国务院证券监督管理机构和证券交易所，并予公告。



# 第六章 《企业破产法》

## 第十九讲 破产申请和受理

### 考点一 受案范围和破产原因

#### 重点法条

第二条 企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。

企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。

第一百三十五条 其他法律规定企业法人以外的组织的清算，属于破产清算的，参照适用本法规定的程序。

#### 考点解析

##### 1. 受案范围

企业破产法的适用范围扩大到所有的企业法人，包括国有企业与法人型私营企业、三资企业、上市公司与非上市公司、有限责任公司与股份有限公司、甚至金融机构。不具有法人资格的企业不适用本法。其他法律规定企业法人以外的组织的清算，属于破产清算的，参照适用《企业破产法》规定的程序。

(1) 合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

(2) 商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有《企业破产法》第二条规定情形的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施的，可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序。金融机构实施破产的，国务院可以依据《企业破产法》和其他有关法律的规定制定实施办法。

##### 2. 破产原因

企业破产原因是适用破产程序所依据的法律事实。由于其是衡量债务人是否陷入破产的界限，故又称为破产界限。

只有当其不能清偿到期债务，而且其资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能





力，这二者都具备了，才可以适用本法进行债务清理。

此外，如果债务人具有上述两种情况或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照企业破产法进行重整。

## 考点二 破产的申请和受理

### 重点法条

第七条 债务人有本法第二条规定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。

债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。

企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。

第十条 债权人提出破产申请的，人民法院应当自收到申请之日起五日内通知债务人。债务人对申请有异议的，应当自收到人民法院的通知之日起七日内向人民法院提出。人民法院应当自异议期满之日起十日内裁定是否受理。

除前款规定的情形外，人民法院应当自收到破产申请之日起十五日内裁定是否受理。

有特殊情况需要延长前两款规定的裁定受理期限的，经上一级人民法院批准，可以延长十五日。

第十三条 人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。

第十四条 人民法院应当自裁定受理破产申请之日起二十五日内通知已知债权人，并予以公告。

通知和公告应当载明下列事项：

- (一) 申请人、被申请人的名称或者姓名；
- (二) 人民法院受理破产申请的时间；
- (三) 申报债权的期限、地点和注意事项；
- (四) 管理人的名称或者姓名及其处理事务的地址；
- (五) 债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产的要求；
- (六) 第一次债权人会议召开的时间和地点；
- (七) 人民法院认为应当通知和公告的其他事项。

第十六条 人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效。

第十七条 人民法院受理破产申请后，债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。

债务人的债务人或者财产持有人故意违反前款规定向债务人清偿债务或者交付财产，使债权人受到损失的，不免除其清偿债务或者交付财产的义务。

### 考点解析

#### (一) 破产案件的管辖

破产属于准司法程序，所以只能由法院管辖。管辖分地域管辖和级别管辖：地域管辖



是债务人住所地法院有管辖权，级别管辖取决于民事诉讼法的规定。

### 1. 地域管辖

破产案件由债务人住所地人民法院管辖。所谓债务人所在地，是指企业法人主要办事机构所在地。债务人无办事机构的，由其注册地的人民法院管辖。

### 2. 级别管辖

破产案件的级别管辖依破产企业的工商登记情况而定：

(1) 基层人民法院一般管辖县、县级市或者区的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件；

(2) 中级人民法院一般管辖地区、地级市以上的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件；

(3) 纳入国家计划调整的企业破产案件，由中级人民法院管辖。

## (二) 申请

破产申请是破产程序开始的条件，但不是破产程序开始的标志。破产申请经人民法院受理后才标志着破产程序的开始。

依据我国法律，只有债权人、债务人以及依法负有清算责任的人才是合格的破产申请人。破产案件分为三类：①债权人申请；②债务人申请；③依法负有清算责任的人申请。

### 1. 债权人申请

债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。债权人不能直接向法院申请与债务人破产和解，这意味着债权人没有破产和解的申请权，而不是被禁止向债务人提出和解。

### 2. 债务人申请

债务人具有破产法规定的破产原因，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。债务人依法有权发起对自己的破产程序，性质上属于债务人自愿清算。

### 3. 依法负有清算责任的人申请

企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。

破产申请的形式：应当采用书面形式，提交破产申请书和有关证据。

破产申请的撤回：申请人提出破产申请后，可以在法院受理前请求撤回。是否准许，由人民法院决定。法院一旦受理破产，申请人再请求撤回的，应予驳回。

## (三) 受理

### 1. 概念

受理，又称为立案，是法院在收到破产申请后，认为申请符合法定条件而予以接受，并由此开始破产程序的司法行为。

### 2. 审查

审查，包括形式审查和实质审查两方面。

#### (1) 形式审查

形式审查，是判定破产申请是否具备法律规定的破产申请的形式条件。

债权人提出破产申请的，人民法院应当自收到申请之日起5日内通知债务人。债务人对申请有异议的，应当自收到人民法院的通知之日起7日内向人民法院提出。人民法院应



当自异议期满之日起10日内裁定是否受理。有特殊情况需要延长前两款规定的裁定受理期限的,经上一级人民法院批准,可以延长15日。

人民法院受理破产申请的,应当自裁定作出之日起5日内送达申请人。

债权人提出申请的,人民法院应当自裁定作出之日起5日内送达债务人。债务人应当自裁定送达之日起15日内,向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。

### (2) 实质审查

实质审查的内容就是审查破产原因的存在与否。

### (3) 破产申请的驳回

破产申请不予受理的情形有:①债务人有隐匿、转移财产行为,为了逃避债务而申请破产的;②债权人借破产申请毁损债务人商业信誉,意图损害公平竞争的。

人民法院受理债务人的破产申请后,发现符合下列情形的,应当裁定驳回破产申请:

①不符合法律规定的受理条件的;②属于应当不予受理情形的;③债务人巨额财产下落不明且不能合理解释财产去向的。

申请人对裁定不服的,可以自裁定送达之日起10日内向上一级人民法院起诉。

人民法院受理破产申请后至破产宣告前,经审查发现债务人不符合《企业破产法》第2条规定情形的,可以裁定驳回申请。申请人对裁定不服的,可以自裁定送达之日起10日内向上一级人民法院上诉。

## 3. 受理的后果

(1) 指定管理人。人民法院裁定受理破产申请的,应当同时指定管理人。

(2) 通知债权人并公告。人民法院应当自裁定受理破产申请之日起25日内通知已知债权人,并予以公告。通知和公告应当载明下列事项:①申请人、被申请人的名称或者姓名;②人民法院受理破产申请的时间;③申报债权的期限、地点和注意事项;④管理人的名称或者姓名及其处理事务的地址;⑤债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产的要求;⑥第一次债权人会议召开的时间和地点;⑦人民法院认为应当通知和公告的其他事项。

### (四) 债务人有关人员的义务

自人民法院受理破产申请的裁定送达债务人之日起至破产程序终结之日,债务人的有关人员承担下列义务:

- (1) 妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料;
- (2) 根据人民法院、管理人的要求进行工作,并如实回答询问;
- (3) 列席债权人会议并如实回答债权人的询问;
- (4) 未经人民法院许可,不得离开住所地;
- (5) 不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。

上述所称有关人员,是指企业的法定代表人;经人民法院决定,可以包括企业的财务管理人员和其他经营管理人员。

### (五) 法律效力

1. 破产程序开始后,债务人不得对个别债权人清偿债务,债务人违反此规定的,其债务清偿行为法定无效。该无效行为自始不发生法律效力,应当恢复原状。



2. 破产案件受理同时对债务人和财产持有人产生法定约束力。他们清偿债务或交付财产的对象不再是债务人,而应当是管理人。如果违背此规定向债务人清偿债务或交付财产致使债权人受损,则产生的法律后果是,尽管其已经进行了清偿或交付行为,却不能免除其原有的清偿或交付义务。

3. 有关债务人财产的保全措施应当解除,执行程序应当中止。已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止;在管理人接管债务人的财产后,该诉讼或者仲裁继续进行。有关债务人的民事诉讼,只能向受理破产申请的人民法院提起。

4. 破产案件受理后,一切因个别债权人请求而实施的对债务人的财产保全应当解除,对于已经查封、扣押、冻结或以其他方式予以保全的债务人财产,应当解除保全措施。

5. 破产程序是特别强制程序,一旦破产程序发生,就优先于其他一般民事诉讼程序、仲裁程序和民事、刑事、行政执行程序。具体为:

(1) 破产程序成立后,针对破产债务人的一般民事诉讼程序不得发生。

(2) 一般民事诉讼程序、仲裁程序和民事、刑事、行政执行程序发生在前,破产程序发生在后,破产程序仍然优先,即案件未审结的,中止审理;审结未执行或者未执行完毕的,中止执行。等到管理人接管债务人财产之后,被中止的诉讼、仲裁及执行程序才得以继续进行。

6. 破产案件受理还对债务人的相关民事诉讼的管辖产生影响,即必须由受理破产申请的法院管辖该诉讼。

## (六) 破产案件受理后对相关合同的影响

1. 管理人有权决定合同的解除或继续履行。

2. 该合同必须是在破产申请受理之前就已经成立,并且作为合同双方当事人的债务人和对方都未履行完该合同。

3. 管理人作出解除或继续履行的决定后,有通知对方当事人的义务。未在法定2个月内履行此义务或没有依法答复对方催告的,推定为其决定解除合同。

4. 如果管理人作出继续履行合同的决定,对方当事人就有继续履行的义务。同时对方当事人有要求管理人提供担保的权利,如果管理人未按照对方要求提供担保,则推定合同解除,从而使对方当事人的权利受到保障。

### 真题演练

1. (2007-3-70)<sup>①</sup> 企业法人不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的,根据《企业破产法》的规定,该企业法人可以选择以下哪些程序处理其与债权人之间的债权债务关系?

- A. 申请破产清算
- B. 直接向法院申请和解
- C. 决议解散并进行清算
- D. 直接向法院申请重整

<sup>①</sup> ABD。



2. (2009-3-30)<sup>①</sup> 关于破产案件受理后、破产宣告前的程序转换,下列哪一表述是正确的?

- A. 如为债务人申请破产清算的案件,债权人可以申请和解
- B. 如为债权人申请债务人破产清算的案件,债务人可以申请重整
- C. 如为债权人申请债务人重整的案件,债务人可以申请破产清算
- D. 如为债权人申请债务人破产清算的案件,债务人的出资人可以申请和解

3. (2006-3-31)<sup>②</sup> 南翔物流有限责任公司因严重亏损,已无法清偿到期债务。2006年6月,各债权人上门讨债无果,欲申请南翔公司破产还债。下列各债权人中谁有权申请南翔公司破产?

- A. 甲公司:南翔公司租用其仓库期间,因疏于管理于2005年12月失火烧毁仓库
- B. 乙公司:南翔公司拖欠其燃料款40万元应于2004年1月偿还,但该公司一直未追索
- C. 丙公司:法院于2005年10月终审判决南翔公司10日内赔偿该公司货物损失20万元,该公司一直未申请执行
- D. 丁公司:南翔公司就拖欠该公司货款30万元达成协议,约定于2006年10月付款

---

① B。

② A。

## 第二十讲 管理人和债务人财产

### 考点一 管理人

#### 重点法条

第二十二条 管理人由人民法院指定。

债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的，可以申请人民法院予以更换。

指定管理人和确定管理人报酬的办法，由最高人民法院规定。

第二十三条 管理人依照本法规定执行职务，向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监督。

管理人应当列席债权人会议，向债权人会议报告职务执行情况，并回答询问。

第二十四条 管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。

人民法院根据债务人的实际情况，可以在征询有关社会中介机构的意见后，指定该机构具备相关专业知识和取得执业资格的人员担任管理人。

有下列情形之一的，不得担任管理人：

- (一) 因故意犯罪受过刑事处罚；
- (二) 曾被吊销相关专业执业证书；
- (三) 与本案有利害关系；
- (四) 人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。

个人担任管理人的，应当参加执业责任保险。

第二十五条 管理人履行下列职责：

- (一) 接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；
- (二) 调查债务人财产状况，制作财产状况报告；
- (三) 决定债务人的内部管理事务；
- (四) 决定债务人的日常开支和其他必要开支；
- (五) 在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业；
- (六) 管理和处分债务人的财产；
- (七) 代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；
- (八) 提议召开债权人会议；
- (九) 人民法院认为管理人应当履行的其他职责。

本法对管理人的职责另有规定的，适用其规定。







## 考点解析

管理人，即破产管理人，在破产程序中作为破产财产的代表，行使破产法上规定的权利，承担法定义务。

### 1. 管理人的产生与解任

(1) 管理人由人民法院指定。

(2) 债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的，可以申请人民法院予以更换。

### 2. 管理人的权利义务

(1) 管理人依照本法规定执行职务，向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监督。

(2) 管理人应当列席债权人会议，向债权人会议报告职务执行情况，并回答询问。

### 3. 管理人的人选

管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。

人民法院根据债务人的实际情况，可以在征询有关社会中介机构的意见后，指定该机构具备相关专业知识和取得执业资格的人员担任管理人。

有下列情形之一的，不得担任管理人：

- (1) 因故意犯罪受过刑事处罚；
- (2) 曾被吊销相关专业执业证书；
- (3) 与本案有利害关系；
- (4) 人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。

个人担任管理人的，应当参加执业责任保险。

### 4. 管理人的职责

- (1) 接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；
- (2) 调查债务人财产状况，制作财产状况报告；
- (3) 决定债务人的内部管理事务；
- (4) 决定债务人的日常开支和其他必要开支；
- (5) 在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业；
- (6) 管理和处分债务人的财产；
- (7) 代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；
- (8) 提议召开债权人会议；
- (9) 人民法院认为管理人应当履行的其他职责。

### 5. 管理人的辞职

管理人没有正当理由不得辞去职务。管理人辞去职务应当经人民法院许可。

## 真题演练

(2007-3-28)<sup>①</sup> 千叶公司因不能清偿到期债务，被债权人百草公司申请破产，法院

<sup>①</sup> D。



指定甲律师事务所为管理人。下列哪一选项是错误的？

- A. 甲律师事务所租赁百草公司酒店用作管理人办公室的行为不违反破产法的规定
- B. 甲律师事务所所有权处分千叶公司的财产
- C. 甲律师事务所所有权因担任管理人而获得报酬
- D. 如甲律师事务所不能胜任职务，债权人会议有权罢免其管理人资格

## 考点二 债务人财产

### 重点法条

第三十条 破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。

第三十一条 人民法院受理破产申请前1年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：

- (一) 无偿转让财产的；
- (二) 以明显不合理的价格进行交易的；
- (三) 对没有财产担保的债务提供财产担保的；
- (四) 对未到期的债务提前清偿的；
- (五) 放弃债权的。

第三十二条 人民法院受理破产申请前六个月内，债务人有本法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。

第三十三条 涉及债务人财产的下列行为无效：

- (一) 为逃避债务而隐匿、转移财产的；
- (二) 虚构债务或者承认不真实的债务的。

第三十四条 因本法第三十一条、第三十二条或者第三十三条规定的行为而取得的债务人的财产，管理人有权追回。

第三十五条 人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。

第三十六条 债务人的董事、监事和高级管理人员利用职权从企业获取的非正常收入和侵占的企业财产，管理人应当追回。

第三十七条 人民法院受理破产申请后，管理人可以通过清偿债务或者提供为债权人接受的担保，取回质物、留置物。

前款规定的债务清偿或者替代担保，在质物或者留置物的价值低于被担保的债权额时，以该质物或者留置物当时的市场价值为限。

第三十八条 人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。

第三十九条 人民法院受理破产申请时，出卖人已将买卖标的物向作为买受人的债务人发运，债务人尚未收到且未付清全部价款的，出卖人可以取回在途中的标的物。但是，管理人可以支付全部价款，请求出卖人交付标的物。



第四十条 债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销。但是，有下列情形之一的，不得抵销：

- （一）债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的；
- （二）债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债务的；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外；
- （三）债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的；但是，债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。

## 考点解析

### （一）概念与特征

债务人财产是破产程序开始时由债务人所有的财产及财产性权利所构成的财产性集合体，以及破产企业在破产宣告时并不享有、而在破产程序进行过程中新取得的财产或财产权利；是依破产程序分配给破产债权人的债务人的财产；是破产宣告时及破产程序终结前债务人所有的供破产清偿的全部财产。

债务人财产具有以下特征：

- （1）以清偿债权为目的而存在的财产；
- （2）由破产管理人直接控制和掌握的财产。

### （二）对债务人财产的保护

#### 1. 撤销

撤销权，是管理人对于债务人在法院受理破产申请前一定期限内所为的有损于债务人财产从而损害破产债权人利益的行为，有权请求法院撤销，使其归于无效的权利。

具体来说，人民法院受理破产申请前1年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：

- （1）无偿转让财产的；
- （2）以明显不合理的价格进行交易的；
- （3）对没有财产担保的债务提供财产担保的；
- （4）对未到期的债务提前清偿的；
- （5）放弃债权的。

人民法院受理破产申请前6个月内，债务人存在破产原因，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。

#### 2. 无效

涉及债务人财产的下列行为无效：

- （1）为逃避债务而隐匿、转移财产的；
- （2）虚构债务或者承认不真实的债务的。

#### 3. 管理人的追回权

（1）管理人对于因可撤销行为、个别优先清偿行为、破产无效行为而转移的财产有权追回。

（2）人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应



当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。

(3) 债务人的董事、监事和高级管理人员利用职权从企业获取的非正常收入和侵占的企业财产，管理人应当追回。

#### 4. 取回权

取回权有下列特点：

- (1) 取回权的标的物不属于破产人，但为破产管理人占有；
- (2) 取回权以物的返还请求权为基础；
- (3) 取回权的行使具有绝对性和无条件性；
- (4) 取回权的行使不依照破产程序，但是，必须以破产管理人为相对人。
- (5) 取回权不参加债权申报，取回权人不参加债权人会议，而由取回权人个别行使权利。

一般取回权是指财产权利人通过破产管理人取回不属于破产财产而归其支配的财产的权利。但本法另有规定的除外。

特殊的取回权，即出卖人取回权，是指异地买卖成立后，尚未收取全部价款的卖方，在发运货物后，买方尚未收到货物前被宣告破产的，可以取回在运输途中的货物的权利。

出卖人取回权的有效构成应当同时具备以下要件：一是卖方已经发送货物并且货物尚在途中；二是买主尚未受领货物时被宣告破产；三是买主未付或尚未付清价款。在上述情况下，如果管理人付清全部价款，可以请求出卖人交付标的物。此为出卖人取回权制度的例外。

#### 5. 抵销权

破产抵销权，是指破产债权人在破产宣告前对破产人负有债务的，不论债的种类和到期时间，得于清算分配前以破产债权抵销其所负债务的权利。其目的、行使权利的主体、法律要求、能否以合议排除等方面都不同于民法上的抵销权。

破产抵销权具有优先权性质和担保功能，但其行使也受到一定限制，首先行使主体以债权人限，破产人或破产管理人均不得主张抵销。另外，法条中明确规定了债权人不得行使抵销权的三种情形，对此应当重点把握。

主张抵销权的条件是：①债权人与破产人互负债务又互享债权。这种互负的债务，无论是否已到偿还期，无论债务标的、给付种类是否相同，都可以抵销。②债权人对破产人负有的债务产生于破产申请受理之前。

#### 真题演练

1. (2007-3-29)<sup>①</sup> 绿杨公司因严重资不抵债向法院申请破产，法院已经受理其申请。根据《破产法》的规定，在法院已经受理破产申请、尚未宣告绿杨公司破产之时，下列哪一项财产不构成债务人财产？

- A. 绿杨公司享有的未到期债权
- B. 管理人撤销绿杨公司6个月前以明显不合理价格进行交易涉及的财产
- C. 绿杨公司所有但已设定抵押的财产
- D. 绿杨公司购买的正在运输途中的但尚未付清货款的货物

<sup>①</sup> D。



2. (2009-3-29)<sup>①</sup> 甲公司严重资不抵债，因不能清偿到期债务向法院申请破产。下列哪一财产属于债务人财产？

- A. 甲公司购买的一批在途货物，但尚未支付货款
- B. 甲公司从乙公司租用的一台设备
- C. 属于甲公司但已抵押给银行的一处厂房
- D. 甲公司根据代管协议合法占有的委托人丙公司的两处房产

### 考点三 破产费用和共益债务

#### 重点法条

第四十一条 人民法院受理破产申请后发生的下列费用，为破产费用：

- (一) 破产案件的诉讼费用；
- (二) 管理、变价和分配债务人财产的费用；
- (三) 管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。

第四十二条 人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：

(一) 因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；

(二) 债务人财产受无因管理所产生的债务；

(三) 因债务人不当得利所产生的债务；

(四) 为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；

(五) 管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；

(六) 债务人财产致人损害所产生的债务。

第四十三条 破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。

债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。

债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。

债务人财产不足以清偿破产费用的，管理人应当提请人民法院终结破产程序。人民法院应当自收到请求之日起十五日内裁定终结破产程序，并予以公告。

#### 考点解析

##### 1. 破产费用的含义与范围

破产费用是指破产事务中人民法院受理破产案件所收取的案件受理处理费用以及管理人在处理破产事务中所开支的费用与收取报酬的总和。

人民法院受理破产申请后发生的下列费用，为破产费用：

- (1) 破产案件的诉讼费用；
- (2) 管理、变价和分配债务人财产的费用；
- (3) 管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。

<sup>①</sup> C。



## 2. 共益债务的含义与范围

共益债务是从债务人财产的角度作出的界定，是指破产程序中为全体债权人的共同利益由债务人财产及其管理人而产生的债务。

人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：

- (1) 因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；
- (2) 债务人财产受无因管理所产生的债务；
- (3) 因债务人不当得利所产生的债务；
- (4) 为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；
- (5) 管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；
- (6) 债务人财产致人损害所产生的债务。

## 3. 破产费用和共益债务具有以下特征：

- (1) 是为了破产债权人的共同利益而负担的给付义务；
- (2) 均是由债务人财产负担的给付义务；
- (3) 均是优先清偿和随时清偿的给付义务；
- (4) 是由管理人负责履行的给付义务。

## 4. 清偿

- (1) 债务人财产足以清偿所有破产费用和共益债务的，二者随时清偿，不分先后；
- (2) 债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用；
- (3) 债务人财产不足以清偿所有破产费用或共益债务的，按照比例清偿；
- (4) 债务人财产不足以清偿所有破产费用的，管理人应提请法院终结破产程序。



## 第二十一讲 破产债权与债权人会议

### 考点一 破产债权

#### 重点法条

第四十四条 人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依照本法规定的程序行使权利。

第四十五条 人民法院受理破产申请后，应当确定债权人申报债权的期限。债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算，最短不得少于三十日，最长不得超过三个月。

第四十六条 未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。

附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。

第四十七条 附条件、附期限的债权和诉讼、仲裁未决的债权，债权人可以申报。

第五十六条 在人民法院确定的债权申报期限内，债权人未申报债权的，可以在破产财产最后分配前补充申报；但是，此前已进行的分配，不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用，由补充申报人承担。

债权人未依照本法规定申报债权的，不得依照本法规定的程序行使权利。

#### 考点解析

##### （一）概念与主体

1. 破产债权的申报，是指自认为拥有实体法上的合法债权人，在破产程序开始后一定时期内，向法院或其指定的机构申明债权。申报债权的期限由法院确定，但有最长和最短的期限限制。

2. 债权申报的主体：未到期债权、附条件债权、附期限债权、诉讼仲裁未决的债权的债权人，连带债权人（一人代表或共同）、债权人的保证人或其他连带债务人，均可基于其合法权利申报债权。

##### （二）申报

###### 1. 申报及期限

人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依照本法规定的程序行使权利。

人民法院受理破产申请后，应当确定债权人申报债权的期限。债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算，最短不得少于30日，最长不得超过3个月。

###### 2. 范围

（1）未到期债权。未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。债权附利息的自破产申请受理时起停止计息。





(2) 附条件、附期限的债权和诉讼、仲裁未决的债权，债权人可以申报。

(3) 劳动债权。

(4) 成立于破产程序开始前的无财产担保债权。

(5) 连带债权。连带债权人可以由其中一人代表全体连带债权人申报债权，也可以共同申报债权。

(6) 保证人或其他连带债务人的求偿权。债务人的保证人或者其他连带债务人已经代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权。

债务人的保证人或者其他连带债务人尚未代替债务人清偿债务的，除非债权人已经向管理人申报全部债权，以其对债务人的将来求偿权申报债权。

(7) 因解除双务合同而产生的债权。管理人或者债务人依照破产法规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。

(8) 委托合同中受托人的请求权。债务人是委托合同的委托人，被裁定适用破产程序的，受托人不知该事实，继续处理委托事务的，受托人以由此产生的请求权申报债权。

(9) 因票据关系产生的债权。债务人是票据的出票人，被裁定适用破产程序的，该票据的付款人继续付款或者承兑的，付款人以由此产生的请求权申报债权。

### 3. 未按期申报债权的处理

在人民法院确定的债权申报期限内，债权人未申报债权的，可以在破产财产最后分配前补充申报；但是，此前已进行的分配，不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用，由补充申报人承担。

债权人未依照破产法规定申报债权的，不得依照破产法规定的程序行使权利。

### 4. 债权调查

已经申报的债权应当提交第一次债权人会议核查。债务人、债权人对债权表记载的债权无异议的，由人民法院裁定确认。债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的，可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。

### 5. 债权申报的法律后果

(1) 当债权人未在法定或指定期限内申报债权时，法律给予适当的救济。即可以在破产最后分配之前补充申报。

(2) 但是，逾期申报的债权人会因其逾期行为而承担一定的法律后果，一是对其申报之前已经分配的债务人财产，无权再得以补充分配的债务人财产，无权再得到补充分配；二是对要承担为了审查和确认补充申报债权的费用。

(3) 如果债权人既未按期申报债权，又未补充申报债权，则其不能再依据破产法的程序行使其债权。

### 真题演练

(2008-3-73)<sup>①</sup> 甲公司向乙银行贷款 100 万元，由 A 公司和 B 公司作为共同保证人，并以甲公司的厂房作抵押担保。其后，甲公司因严重资不抵债而向法院申请破产。法院裁定受理破产申请，并指定了破产管理人。下列哪些选项是正确的？

A. 管理人可以优先清偿乙银行的债务

<sup>①</sup> BC。

- B. 如 A 公司已代甲公司偿还了乙银行贷款, 则其可向管理人申报 100 万元债权  
C. 如乙银行不申报债权, 则 A 公司或 B 公司均可向管理人申报 100 万元债权  
D. 如乙银行已申报债权并获 40 万元分配, 则剩余 60 万债权因破产程序终结而消灭

## 考点二 债权人会议和债权人委员会

### 重点法条

第五十九条 依法申报债权的债权人为债权人会议的成员, 有权参加债权人会议, 享有表决权。

债权尚未确定的债权人, 除人民法院能够为其行使表决权而临时确定债权额的外, 不得行使表决权。

对债务人的特定财产享有担保权的债权人, 未放弃优先受偿权利的, 对于本法第六十一条第一款第七项、第十项规定的事项不享有表决权。

债权人可以委托代理人出席债权人会议, 行使表决权。代理人出席债权人会议, 应当向人民法院或者债权人会议主席提交债权人的授权委托书。

债权人会议应当有债务人的职工和工会的代表参加, 对有关事项发表意见。

第六十一条 债权人会议行使下列职权:

- (一) 核查债权;
- (二) 申请人民法院更换管理人, 审查管理人的费用和报酬;
- (三) 监督管理人;
- (四) 选任和更换债权人委员会成员;
- (五) 决定继续或者停止债务人的营业;
- (六) 通过重整计划;
- (七) 通过和解协议;
- (八) 通过债务人财产的管理方案;
- (九) 通过破产财产的变价方案;
- (十) 通过破产财产的分配方案;
- (十一) 人民法院认为应当由债权人会议行使的其他职权。

债权人会议应当对所议事项的决议作成会议记录。

第六十二条 第一次债权人会议由人民法院召集, 自债权申报期限届满之日起十五日内召开。

以后的债权人会议, 在人民法院认为必要时, 或者管理人、债权人委员会、占债权总额四分之一以上的债权人向债权人会议主席提议时召开。

第六十四条 债权人会议的决议, 由出席会议的有表决权的债权人过半数通过, 并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的二分之一以上。但是, 本法另有规定的除外。

债权人认为债权人会议的决议违反法律规定, 损害其利益的, 可以自债权人会议作出决议之日起十五日内, 请求人民法院裁定撤销该决议, 责令债权人会议依法重新作出决议。

债权人会议的决议, 对于全体债权人均有约束力。



第六十七条 债权人会议可以决定设立债权人委员会。债权人委员会由债权人会议选任的债权人代表和一名债务人的职工代表或者工会代表组成。债权人委员会成员不得超过九人。

债权人委员会成员应当经人民法院书面决定认可。

第六十八条 债权人委员会行使下列职权：

- (一) 监督债务人财产的管理和处分；
- (二) 监督破产财产分配；
- (三) 提议召开债权人会议；
- (四) 债权人会议委托的其他职权。

债权人委员会执行职务时，有权要求管理人、债务人的有关人员对其职权范围内的事务作出说明或者提供有关文件。

管理人、债务人的有关人员违反本法规定拒绝接受监督的，债权人委员会有权就监督事项请求人民法院作出决定；人民法院应当在五日内作出决定。

### 考点解析

#### (一) 债权人会议

1. 债权人会议由依法申报债权的债权人组成，代表了债权人的团体利益，是全体债权人的意思表示机构，通过对破产程序中重大事项的决定和对破产程序的监督，维护自身利益。

2. 债权人会议的成员包括所有申报债权的债权人，均有权参加债权人会议，但却未必均有表决权。一般情况下，申报债权的债权人享有表决权；但如果债权额尚未确定，或者债权证据有待证实的债权人，则尚不能行使表决权；如果是对债务人直接享有已经生效的债权并且有相应的担保权的，而且并未放弃优先受偿权利的债权人，其表决权受到一定的限制，即在通过和解协议和通过破产财产的分配方案时不得行使表决权。

3. 债权人会议通过某项决议需要同时符合两个法定条件，一是人数要求，即有出席会议的有表决权的债权人的过半数通过；二是债权额的要求，即该过半数债权人所代表的债权额要占到所有无财产担保的债权总额的  $1/2$  以上。只有当二者具备时，才可以通过决议。

4. 债权人可以对债权人会议的决议提出异议，当其认为决议违反法律规定损害其利益时，有权在法定期间内请求法院撤销该项决议。

5. 债权人会议的决议具有普遍的约束力，其效力及于所有债权人。

6. 债权人会议的职权

- (1) 核查债权；
- (2) 申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬；
- (3) 监督管理人；
- (4) 选任和更换债权人委员会成员；
- (5) 决定继续或者停止债务人的营业；
- (6) 通过重整计划；
- (7) 通过和解协议；
- (8) 通过债务人财产的管理方案；



- (9) 通过破产财产的变价方案；
- (10) 通过破产财产的分配方案。

#### 7. 债权人会议的召集和通知

第一次债权人会议由人民法院召集，自债权申报期限届满之日起 15 日内召开。以后的债权人会议，在人民法院认为必要时，或者管理人、债权人委员会、占债权总额 1/4 以上的债权人向债权人会议主席提议时召开。召开债权人会议，管理人应当提前 15 日通知已知的债权人。

### （二）债权人委员会

债权人委员会是债权人会议的代表机关，在破产程序中代表债权人全体的利益监督破产程序的进行。新破产法对其组成成员、职权范围作出了明确规定。

总的来说，其职权包括：代表债权人会议监督破产程序的进行；随时调查破产财产的状况，并有权随时要求破产财产管理人报告有关破产财产的情况；有权出席债权人会议，并有权提议召开债权人会议；监督破产管理人的有关破产财产的行为；有权申请法院撤销破产管理人。

管理人的报告义务：

管理人实施下列行为，应当及时报告债权人委员会：

- (1) 涉及土地、房屋等不动产权益的转让；
- (2) 探矿权、采矿权、知识产权等财产权的转让；
- (3) 全部库存或者营业的转让；
- (4) 借款；
- (5) 设定财产担保；
- (6) 债权和有价证券的转让；
- (7) 履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同；
- (8) 放弃权利；
- (9) 担保物的取回；
- (10) 对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为。

未设立债权人委员会的，管理人实施前款规定的行为应当及时报告人民法院。



## 第二十二讲 重整程序

### 考点一 重整申请和重整期间

#### 重点法条

第七十条 债务人或者债权人可以依照本法规定，直接向人民法院申请对债务人进行重整。

债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。

第七十二条 自人民法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。

#### 考点解析

##### （一）重整申请

重整制度是当企业出现破产原因或可能出现破产原因、同时又具有挽救的希望时，为防止企业破产，经企业或企业利害关系人的申请，在法院的干预下对该企业实施强制治理以促使其复兴的制度。

1. 企业重整需要经申请而启动：债权人或债务人均可直接申请；当已经申请了破产清算后，但还未宣告破产之前，债务人或出资额占债务人注册资本 1/10 以上的出资人亦可提出重整申请。

2. 法院在接到重整申请后，经过审查，最终裁定是否对该企业进行重整。

##### （二）重整期间

###### 1. 重整期间的计算

自人民法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。

###### 2. 法律效果

（1）重整期间，享有担保权的债权人的相关权利受到一定限制，即暂停行使。只有在第 75 条规定的法定情形下才有可能行使。

（2）其他权利人的取回权在重整期间亦受到限制，要求符合事先约定的条件时方可行使。

（3）重整期间，债务人的出资人的投资收益分配请求权，董事、监事、高管转让股权均受到一定限制。

###### 3. 重整程序的终止

虽然重整期间尚未届满，但由于发生了特定的主观或客观情况，使得重整程序的进行已经变得没有必要或者不公平。这时，经有关利害关系人的请求，法院便应确认属实后裁





定提前终止重整程序，债务人随之被宣告破产。

三种法定情形：

- (1) 债务人的经营状况和财产状况继续恶化，缺乏挽救的可能性；
- (2) 债务人有欺诈、恶意减少债务人财产或者其他显著不利于债权人的行为；
- (3) 由于债务人的行为致使管理人无法执行职务。

## 考点二 重整计划

### 重点法条

第七十九条 债务人或者管理人应当自人民法院裁定债务人重整之日起六个月内，同时向人民法院和债权人会议提交重整计划草案。

前款规定的期限届满，经债务人或者管理人请求，有正当理由的，人民法院可以裁定延期三个月。

债务人或者管理人未按期提出重整计划草案的，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

第八十二条 下列各类债权的债权人参加讨论重整计划草案的债权人会议，依照下列债权分类，分组对重整计划草案进行表决：

(一) 对债务人的特定财产享有担保权的债权；

(二) 债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

(三) 债务人所欠税款；

(四) 普通债权。

人民法院在必要时可以决定在普通债权组中设小额债权组对重整计划草案进行表决。

第八十四条 人民法院应当自收到重整计划草案之日起三十日内召开债权人会议，对重整计划草案进行表决。

出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的三分之二以上的，即为该组通过重整计划草案。

债务人或者管理人应当向债权人会议就重整计划草案作出说明，并回答询问。

☆第八十六条 各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。

自重整计划通过之日起十日内，债务人或者管理人应当向人民法院提出批准重整计划的申请。人民法院经审查认为符合本法规定的，应当自收到申请之日起三十日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。

第八十九条 重整计划由债务人负责执行。

人民法院裁定批准重整计划后，已接管财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务。



### （一）重整计划的制订和批准

重整计划是通过对债权债务关系的重新安排和对企业经营方略的重新设定，力求达到债务人企业的重新振作，从而避免破产的一个具有实质内容和约束力的法律文件。

#### 1. 提出

（1）法院裁定债务人重整之日起的6个月内，债务人或其管理人应当制作重整计划草案，并提交给法院和债权人会议。制作主体由依法管理财产和营业事务的主体担任。当然，如有正当理由，经法院批准，此期限可以延长3个月。

（2）负有义务的债务人或管理人没有依照法定期限提交重整计划草案的，则产生的法律后果是：法院裁定终止重整程序并宣告该企业破产。

#### 2. 制作

债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案。

管理人负责管理财产和营业事务的，由管理人制作重整计划草案。

#### 3. 草案的内容

重整计划草案应当包括下列内容：

- （1）债务人的经营方案；
- （2）债权分类；
- （3）债权调整方案；
- （4）债权受偿方案；
- （5）重整计划的执行期限；
- （6）重整计划执行的监督期限；
- （7）有利于债务人重整的其他方案。

#### 4. 分类分组表决

下列各类债权的债权人参加讨论重整计划草案的债权人会议，依照下列债权分类，分组对重整计划草案进行表决：

- （1）对债务人的特定财产享有担保权的债权；
- （2）债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；
- （3）债务人所欠税款；
- （4）普通债权。

人民法院在必要时可以决定在普通债权组中设小额债权组对重整计划草案进行表决。

#### 5. 新破产对于重整计划的表决、通过以及强制批准作出了详细明确的规定

（1）规定了强行性分组表决的方式，即法律明确规定了分组的具体标准，把债权人及出资人按该标准分为若干小组，让各个小组分别进行表决，然后再以各组表决的结果来确定最终的表决结果。

（2）小组表决通过的条件：出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的2/3以上的，即为该组通过重整计划草案。

（3）草案通过后的批准程序：重整计划通过之日起10日内，债务人或者管理人应当





向人们法院提出批准重整计划的申请。人民法院经审查认为符合本法规定的，应当自收到申请之日起30日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。

但如果草案没有得到各组得表决通过，也并不意味着其必然不能实现，只要其符合第87条规定的6项条件，仍有可能获得法院的批准。

(4) 如果重整计划草案最终没有得到法院的批准，则产生的法律后果：重整程序终止，债务人被宣告破产。

## (二) 重整计划的执行

### 1. 执行人

重整计划由债务人负责执行，由管理人监督重整计划的执行。

### 2. 重整计划的效力

经人民法院裁定批准的重整计划，对债务人和全体债权人均有约束力。

债权人未依照本法规定申报债权的，在重整计划执行期间不得行使权利；在重整计划执行完毕后，可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。

债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受重整计划的影响。

3. 如果重整计划没有得到执行，那么负责监督的管理人和利害关系人就可以请求法院终止重整计划的执行并宣告债务人破产。由此产生的法律后果是，债权人在重整计划中作出的债权调整承诺无效，但其已经受到的清偿仍有效，尚未清偿的部分成为破产债权。

## 真题演练

(2009-3-20)<sup>①</sup> 关于破产案件受理后、破产宣告前的程序转换，下列哪一表述是正确的？

- A. 如为债务人申请破产清算的案件，债权人可以申请和解
- B. 如为债权人申请债务人破产清算的案件，债务人可以申请重整
- C. 如为债权人申请债务人重整的案件，债务人可以申请破产清算
- D. 如为债权人申请债务人破产清算的案件，债务人的出资人可以申请和解

<sup>①</sup> B。

## 第二十三讲 和解程序

### 考点一 和解申请与裁定

#### 重点法条

第九十五条 债务人可以依照本法规定，直接向人民法院申请和解；也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。

债务人申请和解，应当提出和解协议草案。

#### 考点解析

##### 1. 和解申请

债务人可以依照本法规定，直接向人民法院申请和解；也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。

和解的申请人为债务人，申请时间为破产程序开始之前，或者是破产程序开始后至破产宣告之前。申请要向人民法院提出，并要求债务人提出和解协议草案。

申请提出后，要经过法院审查，裁定和解并公告的程序。

##### 2. 和解裁定

人民法院经审查认为和解申请符合本法规定的，应当裁定和解，予以公告，并召集债权人会议讨论和解协议草案。对债务人的特定财产享有担保权的权利人，自人民法院裁定和解之日起可以行使权利。

### 考点二 和解协议

#### 重点法条

☆第九十七条 债权人会议通过和解协议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数同意，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的三分之二以上。

☆第一百条 经人民法院裁定认可的和解协议，对债务人和全体和解债权人均有约束力。

和解债权人是指人民法院受理破产申请时对债务人享有无财产担保债权的人。

和解债权人未依照本法规定申报债权的，在和解协议执行期间不得行使权利；在和解协议执行完毕后，可以按照和解协议规定的清偿条件行使权利。



### 1. 表决

和解协议须经出席会议且有表决权的债权人符合法定人数和所代表法定债权额的双重标准时，方可通过。

### 2. 效力

获得通过的和解协议，须经法院裁定认可的程序，之后和解程序终止，同时和解协议发生法律效力，债务人、和解债权人均应执行和解协议。若和解协议草案未获债权人会议通过或未获得法院认可，则法院裁定终止和解程序同时宣告债务人破产。

和解协议对没有放弃优先权的有财产担保的债权人没有约束力；和解协议对债务人的保证人和连带债务人无效。

和解债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受和解协议的影响。

债务人不能执行或者不执行和解协议的，人民法院经和解债权人请求，应当裁定终止和解协议的执行，并宣告债务人破产。但为和解协议的执行提供的担保继续有效。

人民法院裁定终止和解协议执行的，和解债权人在和解协议中作出的债权调整的承诺失去效力。和解债权人因执行和解协议所受的清偿仍然有效，但只有在其他债权人同自己所受的清偿达到同一比例时，才能继续接受分配。和解债权未受清偿的部分作为破产债权。

### 3. 自行和解

自行和解，是指在人民法院受理破产申请后，债务人和债权人全体自行协商就清理债权债务并终结破产程序而达成协议的方式。自行和解并非在人民法院主导下进行的破产程序中的和解。自行和解没有特定的程序要求，只要债务人和全体债权人有自行和解的愿望，均可以协商自行和解。



## 第二十四讲 破产清算程序

### 重点法条

☆第一百零七条 人民法院依照本法规定宣告债务人破产的，应当自裁定作出之日起五日内送达债务人和管理人，自裁定作出之日起十日内通知已知债权人，并予以公告。

债务人被宣告破产后，债务人称为破产人，债务人财产称为破产财产，人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权。

☆第一百零九条 对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。

第一百一十一条 管理人应当及时拟订破产财产变价方案，提交债权人会议讨论。

管理人应当按照债权人会议通过的或者人民法院依照本法第六十五条第一款规定裁定的破产财产变价方案，适时变价出售破产财产。

第一百一十二条 变价出售破产财产应当通过拍卖进行。但是，债权人会议另有决议的除外。

破产企业可以全部或者部分变价出售。企业变价出售时，可以将其中的无形资产和其他财产单独变价出售。

按照国家规定不能拍卖或者限制转让的财产，应当按照国家规定的方式处理。

★★第一百一十三条 破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：

（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；

（三）普通破产债权。

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。

☆第一百二十条 破产人无财产可供分配的，管理人应当请求人民法院裁定终结破产程序。

管理人在最后分配完结后，应当及时向人民法院提交破产财产分配报告，并提请人民法院裁定终结破产程序。

人民法院应当自收到管理人终结破产程序的请求之日起十五日内作出是否终结破产程序的裁定。裁定终结的，应当予以公告。

第一百三十五条 其他法律规定企业法人以外的组织的清算，属于破产清算的，参照适用本法规定的程序。





## （一）破产宣告

### 1. 破产宣告的含义

人民法院依照企业破产法规定宣告债务人破产的，应当自裁定作出之日起5日内送达债务人和管理人，自裁定作出之日起10日内通知已知债权人，并予以公告。

破产宣告产生一系列的法律后果，债务人变为破产人，债务人财产成为真正意义上的破产财产，债权人在法院受理申请时所享有的债权成为破产债权。

### 2. 破产宣告前破产程序终结的情形：

破产宣告前，有下列情形之一的，人民法院应当裁定终结破产程序，并予以公告：

- （1）第三人为债务人提供足额担保或者为债务人清偿全部到期债务的；
- （2）债务人已清偿全部到期债务的。

### 3. 别除权

别除权具有以下法律特征：

- （1）以担保权为基础权利；
- （2）以实现债权为目的；
- （3）以破产人的特定财产为标的物；
- （4）别除权的行使不参加集体清偿程序；
- （5）别除权的标的物不计入破产财产。

“有财产担保的债权”向普通债权的转化：存在两种情况：（1）享有优先受偿权的债权人没有完全受偿时，未受偿的那部分债权就转化为普通债权；（2）享有优先受偿权的债权人自动放弃优先受偿权，此时亦可转变为普通债权。

## （二）变价和分配

### 1. 破产财产变价方案

破产财产的变价是指在破产清算程序中，将拟用于分配的破产财产中的非货币性财产，以拍卖或者债权人会议决定的其他方式，转变为货币财产，以便于进行破产分配的行为。

管理人应当及时拟订破产财产变价方案，提交债权人会议讨论。管理人应当按照债权人会议通过的或者人民法院裁定的破产财产变价方案，适时变价出售破产财产。

### 2. 变价的方式

变价出售破产财产应当通过拍卖进行，但是，债权人会议另有决议的除外。

### 3. 破产财产分配

（1）对于破产财产的分配顺序，法律作出如下规定，首先用于清偿破产费用和共益债务；其次用于应当支付给职工的各种费用；然后是其他社会保险费用和税款；最后用于清偿普通债权。如此的排列顺序，是因为破产费用和共益债务的及时支付是破产程序得以顺利进行的保障，职工债权优先于税款体现了对职工权益的保护。

（2）在同一顺序中，破产财产不足以清偿所有债务时，应当依照各个债权的比例来分配。

### 4. 破产财产的分配方式

破产财产的分配应当以货币分配方式进行。但是，债权人会议另有决议的除外。

### 5. 破产财产分配时的提存事宜

（1）附条件债权的提存。附生效条件或解除条件的债权，由于不能确定其在法定期间内





是否会成就条件，为了公平，规定将可能获得的分配额进行提存；等到法定期间届满时，看其条件是否成就，从而决定是将提存金额交给附条件债权人还是分配给其他债权人。

(2) 未受领分配额的提存。对于债权已经确定、但是由于某种客观原因不能及时参加破产分配并受领分配金额的债权人，也应当为其分配额进行提存；到法定受领期限届满时再视情况作出处理，即如果其已经前来受领则把提存金额向其交付，如果其始终未来受领则把提存金额用于其他债权人的最后分配。

(3) 诉讼或仲裁未决的债权的提存。对于债权尚未确定、正在为确定该债权而进行诉讼或仲裁地债权人，也应当为其可能得到的分配额进行提存。直到与最后分配有关的法定期限届满时再作处理。如果届满前该债权已经得到确定则把提存金额交付给该债权人；如果仍不能确定该债权则把提存金额用于其他债权人的最后分配。

### (三) 破产程序的终结

1. 破产程序终结的情形有多种，可以分为正常终结和非正常终结。正常终结是指因破产财产分配完毕，破产程序的目的得以实现而终结破产程序。非正常终结，是指没有经过破产财产分配就终结破产程序。例如经过重整，能够按照和解协议清偿债务；破产财产不足以支付破产费用；破产财产分配完毕。破产程序的终结最终要由法院作出裁定并公告。

2. 法院作出裁定后，管理人应当向破产人的原登记机关办理注销登记，至此破产企业消失，未清偿的债务全部豁免。

3. 追加分配是在破产终结之后，作为最后分配的补充而进行的。新破产法对追加分配财产的发现期间、可予分配的财产范围、分配的方式和程序都作出了规定。

(1) 发现可追加分配财产的期限为裁定终结之日起2年之内；

(2) 可予分配的财产范围包括两种情形：发现有依法应当追回的财产的；发现破产人有应当供分配的其他财产的。

(3) 分配方式和程序规定为由人民法院根据原债权人的申请、按照破产财产分配方案来进行。

(4) 如果财产数量过少并且不足以支付分配费用的，作了特殊规定，即对其不进行追加，而是由法院上交给国库。

4. 破产人的保证人和其他连带债务人的继续清偿责任。

破产人的保证人和其他连带债务人，在破产程序终结后，对债权人依照破产清算程序未受清偿的债权，依法继续承担清偿责任。

### 真题演练

(2006-3-74) ①某房地产开发公司被法院宣告破产。就该破产企业清偿顺序问题，下列哪些说法是正确的？

- A. 该破产企业所拖欠的民工工资按第一顺序清偿
- B. 该破产企业拖欠施工单位的工程欠款可以在破产清算程序开始前受偿
- C. 因延期交房给购房人造成的损失按照破产债权清偿
- D. 该公司员工向公司的投资款按照破产债权清偿

① ABC。

# 第七章 《保险法》

## 第二十五讲 保险法原理

### 考点一 保险的概念和特征

#### 重点法条

第二条 本法所称保险，是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为。

#### 考点解析

##### 1. 概念

保险，是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为。

##### 2. 特征

保险的特征有：自愿性、有偿性、互助性和损益性。

### 考点二 保险的基本原则

#### 考点解析

##### （一）自愿原则

自愿原则，是指保险法律关系的当事人即投保人、保险人以及被保险人、受益人有权根据自己的意愿设立、变更或终止保险法律关系，不受他人干扰；投保人有权选择保险人和保险的种类、保险的范围、责任等。

##### （二）最大诚信原则

最大诚信原则，是对于投保人与保险人均有要求的，而不是仅仅只是对某一方的要求。对投保人的要求主要体现在订立保险合同的时候如实向保险人告知保险标的的相关情

况的义务，以及在履行保险合同的时候信守保险义务。对于保险人的要求主要是订立合同时  
时将保险条款告知投保人的义务，以及及时与全面支付保险金的义务。

### （三）保险利益原则

保险利益原则，是指人身保险的投保人在保险合同订立时，对被保险人应当具有保险利益；财产保险的被保险人在保险事故发生时，对保险标的应当具有保险利益。

#### 1. 保险利益的成立需具备的要件

- （1）必须是法律上承认的利益，即合法的利益；
- （2）必须是经济上的利益，即可以用金钱估计的利益；
- （3）必须是可以确定的利益。《保险法》规定投保人和被保险人对保险标的必须具有保险利益，只要是为了避免赌博行为的发生，预防道德风险的出现，限制损害赔偿的程度。

#### 2. 保险利益的确定

（1）财产保险的投保人对因下列事由产生的经济利益具有保险利益：对保险标的享有物权，基于合同，依法应当承担的民事赔偿责任。

（2）人身保险的投保人对下列人员具有保险利益：本人，配偶，子女，父母，前项以外与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属，与投保人有劳动关系的劳动者。

除上述规定外，被保险人同意投保人为其订立合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益。

### （四）近因原则

近因原则，是指保险人按照约定的保险责任范围承担责任时，其所承保危险的发生与保险标的的损失结果之间必须存在因果关系。在近因原则中造成保险标的损失的主要的、起决定性作用的原因，即属于近因。只有近因属于保险责任，保险人才承担保险责任。

### 真题演练

1. (2007-3-72)① 保险法中的保险利益原则是指投保人应当对保险标的具有法律上承认的利益，否则会导致保险合同无效。下列哪些选项符合保险利益原则？

- A. 甲经同事乙同意，为其购买一份人寿险
- B. 丙为自己刚出生一个月的孩子购买一份人身险
- C. 丁公司为其经营管理的风景区内的一颗巨型钟乳石投保一份财产险
- D. 戊公司为其一座已经投保的仓库再投保一份财产险

2. (2009-3-79)② 关于保险利益，下列哪些表述是错误的？

- A. 保险利益本质上是一种经济上的利益，即可以用金钱衡量的利益
- B. 人身保险的投保人在保险事故发生时，对保险标的应当具有保险利益
- C. 财产保险的被保险人在保险合同订立时，对保险标的应当具有保险利益
- D. 责任保险的投保人在保险合同订立时，对保险标的应当具有保险利益

① ABCD。

② BCD。



## 第二十六讲 保险合同总论

### 考点一 保险合同的特征和分类

#### 重点法条

第十条 保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。

投保人是指与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人。

保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。

第十三条 投保人提出保险要求，经保险人同意承保，保险合同成立。保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证。

保险单或者其他保险凭证应当载明当事人双方约定的合同内容。当事人也可以约定采用其他书面形式载明合同内容。

依法成立的保险合同，自成立时生效。投保人和保险人可以对合同的效力约定附条件或者附期限。

第二十一条 投保人、被保险人或者受益人知道保险事故发生后，应当及时通知保险人。故意或者因重大过失未及时通知，致使保险事故的性质、原因、损失程度等难以确定的，保险人对无法确定的部分，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但保险人通过其他途径已经及时知道或者应当及时知道保险事故发生的除外。

第二十三条 保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后，应当及时作出核定；情形复杂的，应当在三十日内作出核定，但合同另有约定的除外。保险人应当将核定结果通知被保险人或者受益人；对属于保险责任的，在与被保险人或者受益人达成赔偿或者给付保险金的协议后十日内，履行赔偿或者给付保险金义务。保险合同对赔偿或者给付保险金的期限有约定的，保险人应当按照约定履行赔偿或者给付保险金义务。

保险人未及时履行前款规定义务的，除支付保险金外，应当赔偿被保险人或者受益人因此受到的损失。

任何单位和个人不得非法干预保险人履行赔偿或者给付保险金的义务，也不得限制被保险人或者受益人取得保险金的权利。

第二十八条 保险人将其承担的保险业务，以分保形式部分转移给其他保险人的，为再保险。

应再保险接受人的要求，再保险分出人应当将其自负责任及原保险的有关情况书面告知再保险接受人。

第二十九条 再保险接受人不得向原保险的投保人要求支付保险费。

原保险的被保险人或者受益人不得向再保险接受人提出赔偿或者给付保险金的请求。

再保险分出人不得以再保险接受人未履行再保险责任为由，拒绝履行或者迟延履行其





原保险责任。

第三十条 采用保险人提供的格式条款订立的保险合同，保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的，人民法院或者仲裁机构应当作出有利于被保险人和受益人的解释。

第五十五条 投保人和保险人约定保险标的的保险价值并在合同中载明的，保险标的发生损失时，以约定的保险价值为赔偿计算标准。

投保人和保险人未约定保险标的的保险价值的，保险标的发生损失时，以保险事故发生时保险标的的实际价值为赔偿计算标准。

保险金额不得超过保险价值。超过保险价值的，超过部分无效，保险人应当退还相应的保险费。

保险金额低于保险价值的，除合同另有约定外，保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿保险金的责任。

第六十九条 设立保险公司，其注册资本的最低限额为人民币二亿元。

国务院保险监督管理机构根据保险公司的业务范围、经营规模，可以调整其注册资本的最低限额，但不得低于本条第一款规定的限额。

保险公司的注册资本必须为实缴货币资本。

## 考点解析

### 1. 特征

(1) 射幸合同。保险事故的发生具有不确定性和偶然性。

(2) 格式合同。保险合同的条款一般由保险公司单方制定。因此，对于保险合同的条款，保险人与投保人、被保险人或者受益人有争议时，人民法院或者仲裁机关应当作有利于被保险人和受益人的解释。

(3) 双务有偿合同。

(4) 诺成合同、非要式合同。投保人提出保险要求，经保险人同意承保，并就合同的条款达成协议，保险合同成立。书面形式不是合同成立的要件而是履行合同的行为。

### 2. 分类

(1) 根据保险合同标的的不同可以将保险合同分为财产保险合同和人身保险合同。

(2) 根据保险合同实施的形式不同分为强制保险合同和自愿保险合同。①强制保险合同又称为法定保险合同，是指依照法律规定而强制实施的保险合同。例如交通第三者责任险。②自愿保险合同，是指投保人和保险人遵循公平互利、协商一致、自愿原则订立的合同。除法律、行政法规规定必须保险的以外，保险公司和其他单位不得强制他人订立合同。

(3) 依据保险人的责任次序的不同分为原保险合同和再保险合同。①原保险合同，又称为第一次保险，是指保险人对被保险人承担直接责任的原始保险合同。②再保险合同，又成为第二次保险，是指保险人为了避免自己承保的业务遭受巨额损失，以分保的方式，将其业务部分转移给其他保险人。

(4) 依据保险人的人数不同分为单保险合同与复保险合同。①单保险合同，是指投保人以一个保险标的、一个保险利益、一个保险事故向一个保险人订立保险合同的保险。②复保险合同又称重复保险合同，是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险





事故分别与两个以上的保险人订立保险合同，且保险金额总和超过保险价值的保险合同。

(5) 依据保险金额与保险价值之间的关系分为足额保险合同、不足额保险合同和超额保险合同。①足额保险合同是指保险金额等于保险价值的保险合同。②不足额保险合同是指保险金额低于保险价值的合同。对于不足额合同，保险人对被保险人损失的赔偿责任仅以保险金额为限，除合同另有规定外，保险人未按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿责任。③超额保险合同是指保险金额超过保险价值的保险合同。

## 考点二 保险合同的当事人和关系人

### 重点法条

第一百一十七条 保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取佣金，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的机构或者个人。

保险代理机构包括专门从事保险代理业务的保险专业代理机构和兼营保险代理业务的保险兼业代理机构。

第一百一十八条 保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务，并依法收取佣金的机构。

第一百二十五条 个人保险代理人在代为办理人寿保险业务时，不得同时接受两个以上保险人的委托。

### 考点解析

#### 1. 保险合同的当事人

保险合同的当事人，是指订立保险合同并享有和承担保险合同所确定的权利义务的人，包括保险合同的投保人和保险人。

#### 2. 保险合同的关系人

保险合同的关系人，是指在保险事故或保险合同约定的条件满足时，对保险人享有保险金给付请求权的人，包括被保险人和受益人。

(1) 被保险人。被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人。被保险人可以是投保人自己，也可以是投保人以外的第三人。

(2) 受益人。受益人由被保险人或者投保人指定产生，享有保险金的请求权。投保人、被保险人或者第三人都可以成为受益人，受益人不受有无行为能力和保险利益的限制，受益人只存在于人身保险合同中。

受益人具有五个特点：①受益人由被保险人或者投保人指定产生；②受益人享有保险金的请求权；③投保人、被保险人或者第三人都可以成为受益人；④受益人不受有无行为能力及保险利益的限制；⑤受益人只存在于人身保险合同中。

(3) 辅助人。保险合同的辅助人包括保险代理人和保险经纪人。①保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取代理手续费，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的单位或者个人。为了防止保险代理人采用欺诈的手段揽保，个人保险代理人在代为办理人寿保险业务时，不得同时接受两个以上保险人的委托。②保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务，并依法收取佣金的单位。

### 真题演练

(2005-3-89~90) 张某到保险公司商谈分别为其 62 岁的母亲甲和 8 岁的女儿张乙投保意外伤害险事宜。张某向保险公司详细询问了有关意外伤害保险的具体条件, 也如实地回答了保险公司的询问。请回答以下 89~92 题。

89. ① 在张某为其母亲甲投保的意外伤害保险中, 依法可以确定谁为受益人?

- A. 以被保险人甲为受益人
- B. 以被保险人甲指定的张乙为受益人
- C. 以投保人张某为受益人, 但须经甲同意
- D. 以投保人张某和被保险人甲共同指定的第三人为受益人

90. ② 在张某为其女儿张乙投保的意外伤害保险中, 受益人如何产生?

- A. 因张乙为无民事行为能力的人, 故张某可以监护人身份指定受益人
- B. 张乙虽无民事行为能力, 但因她是保险合同的被保险人, 故她可以指定受益人
- C. 因张乙无民事行为能力, 她可以委托张某指定受益人
- D. 张某作为投保人指定受益人, 但必须征得被保险人张乙的同意



---

① ABCD。

② A。

## 第二十七讲 人身保险合同

### 考点一 人身保险的保险利益

#### 重点法条

##### 《保险法》

第三十一条 投保人对下列人员具有保险利益：

- (一) 本人；
- (二) 配偶、子女、父母；
- (三) 前项以外与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属；
- (四) 与投保人有劳动关系的劳动者。

除前款规定外，被保险人同意投保人为其订立合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益。

订立合同时，投保人对被保险人不具有保险利益的，合同无效。

#### 考点解析

投保人对保险标的必须具有保险利益，否则保险合同无效，因此，确定人身保险利益关系人的范围对判断人身保险合同是否有效，十分重要。此次《保险法》修订对人身保险合同利益关系人的范围作了较大幅度的修改。增加了第4款的规定。也就是考虑到雇主为员工投保人身保险对员工有利，修订后的保险法规定，投保人对与其有劳动关系的劳动者具有保险利益，可以直接为其投保。同时，为了防止企业将为员工投保的人身保险的受益人指定为企业自身，修订后的《保险法》还特别规定，投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险的，不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人。

### 考点二 人身保险对被保险人的限制

#### 重点法条

第三十二条 投保人申报的被保险人年龄不真实，并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的，保险人可以解除合同，并按照合同约定退还保险单的现金价值。保险人行使合同解除权，适用本法第十六条第三款、第六款的规定。

投保人申报的被保险人年龄不真实，致使投保人支付的保险费少于应付保险费的，保险人有权更正并要求投保人补交保险费，或者在给付保险金时按照实付保险费与应付保险费的比例支付。

投保人申报的被保险人年龄不真实，致使投保人支付的保险费多于应付保险费的，保





险人应当将多收的保险费退还投保人。

第三十三条 投保人不得为无民事行为能力人投保以死亡为给付保险金条件的人身保险，保险人也不得承保。

父母为其未成年子女投保的人身保险，不受前款规定限制。但是，因被保险人死亡给付的保险金总和不得超过国务院保险监督管理机构规定的限额。

第三十四条 以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人同意并认可保险金额的，合同无效。

按照以死亡为给付保险金条件的合同所签发的保险单，未经被保险人书面同意，不得转让或者质押。

父母为其未成年子女投保的人身保险，不受本条第一款规定限制。

### 考点解析

#### 1. 对年龄的限制

规定了投保人申报的被保险人年龄不真实的法律后果。主要考点是掌握投保人申报的被保险人年龄不真实，所产生的三种法律后果。此次《保险法》修订对本条进行较大幅度的修改，需要注意。修订后的《保险法》第32条规定：投保人申报的被保险人年龄不真实，并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的，保险人可以解除合同，并按照合同约定退还保险单的现金价值。保险人行使合同解除权，适用本法第16条第3款和第6款的规定。即自保险人知道有解除事由之日起，超过30日不行使而消灭。自合同成立之日起超过2年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。

保险人在合同订立时已经知道投保人未如实告知的情况的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。

#### 2. 对死亡保险的限制

死亡保险就是以被保险人的死亡作为保险金给付条件的人身保险合同，这种保险因为风险巨大，为了保护被保险人的人身安全，特别作出以下限制：

(1) 死亡保险的被保险人不得是无民事行为能力人。出于对我国传统的家庭人伦的信任，父母为其未成年子女投保人身保险不受此限，但为了防止巨大的经济利益扭曲人性，其死亡给付保险金额总和不得超过保险监督管理机构规定的限额。

(2) 死亡保险未经被保险人书面同意并认可保险金额的，合同无效。父母为其未成年子女投保的人身保险，不受此限。

(3) 依照死亡保险所签发的保险单，未经被保险人书面同意，不得转让或者质押。

### 真题演练

1. (2006-3-33)<sup>①</sup> 某保险公司开设一种人寿险：投保人逐年缴纳一定保费至60岁时可获得20万元保险金，保费随起保年龄的增长而增加。41岁的某甲精心计算后发现，若从46岁起投保，可最大限度降低保费，遂在向保险公司投保时谎称自己46岁。3年后保险公司发现某甲申报年龄不实。对此，保险公司应如何处理？

<sup>①</sup> C。

- A. 因某甲谎报年龄，可以主张合同无效
- B. 解除与某甲的保险合同，所收保费不予退还
- C. 对某甲按 41 岁起保计算，对多收部分保费退还某甲或冲抵其以后应缴纳的保费
- D. 解除与某甲的保险合同，所收保费扣除手续费后退还某甲

2. (2003-3-14)<sup>①</sup> 公民甲通过保险代理人乙为其 5 岁的儿子丙投保一份幼儿平安成长险，保险公司为丁。下列有关本事例的哪一表述是正确的？

- A. 该份保险合同中不得含有以丙的死亡为给付保险金条件的条款
- B. 受益人请求丁给付保险金的权利自其知道保险事故发生之日起 5 年内不行使而消灭
- C. 当保险事故发生时，乙与丁对给付保险金承担连带赔偿责任
- D. 保险代理人乙只能是依法成立的公司，不能是个人

### 考点三 保险费的缴纳

#### 重点法条

第三十五条 投保人可以按照合同约定向保险人一次支付全部保险费或者分期支付保险费。

第三十六条 合同约定分期支付保险费，投保人支付首期保险费后，除合同另有约定外，投保人自保险人催告之日起超过三十日未支付当期保险费，或者超过约定的期限六十日未支付当期保险费的，合同效力中止，或者由保险人按照合同约定的条件减少保险金额。

被保险人在前款规定期限内发生保险事故的，保险人应当按照合同约定给付保险金，但可以扣减欠交的保险费。

#### 考点解析

##### 1. 保险费的缴纳方式

投保人可以按照合同约定向保险人一次支付全部保险费或者分期支付保险费。

##### 2. 逾期缴纳的后果

此次《保险法》修订对此进行了较大幅度的修改，需要注意。

(1) 合同效力的中止。合同约定分期支付保险费，投保人支付首期保险费后，除合同另有约定外，投保人自保险人催告之日起超过 30 日未支付当期保险费，或者超过约定的期限 60 日未支付当期保险费的，合同效力中止，或者由保险人按照合同约定的条件减少保险金额。

(2) 合同效力的恢复。合同效力中止后，经保险人与投保人协商并达成协议，在投保人补交保险费后，合同效力恢复。

##### 3. 禁止通过诉讼要求支付保险费

人身保险的保险费不能用诉讼方式请求投保人支付，但投保人要求支付保险金，可以

<sup>①</sup> B。



使用诉讼方式（注意两者的区别）。

## 考点四 保险金的给付

### 重点法条

第二十三条 保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后，应当及时作出核定；情形复杂的，应当在三十日内作出核定，但合同另有约定的除外。保险人应当将核定结果通知被保险人或者受益人；对属于保险责任的，在与被保险人或者受益人达成赔偿或者给付保险金的协议后十日内，履行赔偿或者给付保险金义务。保险合同对赔偿或者给付保险金的期限有约定的，保险人应当按照约定履行赔偿或者给付保险金义务。

保险人未及时履行前款规定义务的，除支付保险金外，应当赔偿被保险人或者受益人因此受到的损失。

任何单位和个人不得非法干预保险人履行赔偿或者给付保险金的义务，也不得限制被保险人或者受益人取得保险金的权利。

第二十六条 人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，向保险人请求赔偿或者给付保险金的诉讼时效期间为二年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。

人寿保险的被保险人或者受益人向保险人请求给付保险金的诉讼时效期间为五年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。

### 考点解析

给付保险金，是保险人在保险合同约定的保险事故发生时，或其他给付保险的条件具备时，依照《保险法》的规定或人身保险合同的约定所承担的基本义务。

1. 保险金给付请求权的消灭实时效。人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，向保险人请求赔偿或者给付保险金的诉讼时效期间为二年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。人寿保险的被保险人或者受益人向保险人请求给付保险金的诉讼时效期间为五年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。

2. 保险金原则上不作为遗产继承，应当支付给受益人。

## 考点五 人身保险的受益人和除外责任

### 重点法条

第三十九条 人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定。

投保人指定受益人时须经被保险人同意。投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险，不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人。

被保险人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以由其监护人指定受益人。

第四十条 被保险人或者投保人可以指定一人或者数人为受益人。

受益人为数人的，被保险人或者投保人可以确定受益顺序和受益份额；未确定受益份额的，受益人按照相等份额享有受益权。







第四十一条 被保险人或者投保人可以变更受益人并书面通知保险人。保险人收到变更受益人的书面通知后，应当在保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单。

投保人变更受益人时须经被保险人同意。

第四十二条 被保险人死亡后，有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照《中华人民共和国继承法》的规定履行给付保险金的义务：

- (一) 没有指定受益人，或者受益人指定不明无法确定的；
- (二) 受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；
- (三) 受益人依法丧失受益权或者放弃受益权，没有其他受益人的。

受益人与被保险人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序的，推定受益人死亡在先。

第四十三条 投保人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他权利人退还保险单的现金价值。

受益人故意造成被保险人死亡、伤残、疾病的，或者故意杀害被保险人未遂的，该受益人丧失受益权。

第四十四条 以被保险人死亡为给付保险金条件的合同，自合同成立或者合同效力恢复之日起二年内，被保险人自杀的，保险人不承担给付保险金的责任，但被保险人自杀时为无民事行为能力人的除外。

保险人依照前款规定不承担给付保险金责任的，应当按照合同约定退还保险单的现金价值。

第四十五条 因被保险人故意犯罪或者抗拒依法采取的刑事强制措施导致其伤残或者死亡的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定退还保险单的现金价值。

## 考点解析

### 1. 人身保险的受益人

(1) 产生和变更。①受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人。投保人、被保险人或者第三人可以为受益人。受益人不受有无行为能力及保险利益的限制。受益人必须经指定产生，只存在于人身保险合同中。②投保人指定和变更受益人都必须经过被保险人的同意。③被保险人或者投保人变更受益人的，只需书面通知保险人，而不必经保险人同意。

(2) 受益权。被保险人或者投保人可以指定一人或者数人为受益人。受益人为数人的，被保险人或者投保人可以确定受益顺序和受益份额；未确定受益份额的，受益人按照相等份额享有受益权。受益人故意造成被保险人死亡或者伤残的，或者故意杀害被保险人未遂的，丧失受益权。

### 2. 除外责任

(1) 保险人免付人身保险赔偿金的情形有：投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病；以死亡为给付保险金条件的合同，被保险人自杀（有例外）；被保险人故意犯罪或者抗拒依法采取的刑事强制措施导致其自身伤残或者死亡。此次《保险法》修订对此部分内容进行了一定程度的修改，需要注意。

(2) 受益人丧失受益权的情形：受益人故意造成被保险人死亡、伤残、疾病的，或者故意杀害被保险人未遂的。

### 真题演练

(2004-3-25)<sup>①</sup> 李某为其子投保了以死亡为给付保险金条件的人身保险，期限5年，保费已一次缴清。两年后其子因抢劫罪被判处死刑并已执行。李某要求保险公司履行赔付义务。对此，保险公司应如何处理？

- A. 依照合同规定给付保险金
- B. 根据李某已付保费，按照保单的现金价值予以退还
- C. 可以不承担给付保险金的义务，也不返还保险费
- D. 可以解除合同，但应全额返还保险费

## 考点六

### 禁止追偿

#### 重点法条

第四十六条 被保险人因第三者的行为而发生死亡、伤残或者疾病等保险事故的，保险人向被保险人或者受益人给付保险金后，不享有向第三者追偿的权利，但被保险人或者受益人仍有权向第三者请求赔偿。

#### 考点解析

人身保险和财产保险的第三人责任险制度明显不同。因第三人行为而发生人身保险事故的，被保险人或者受益人可以在向侵权人请求损害赔偿的同时向保险人请求给付保险金。保险人在给付保险金后，对第三人享有保险代位权。

### 真题演练

1. (2003-3-61)<sup>②</sup> 两年前，陈某以其6岁的儿子陈丹为被保险人投保了一份5年期的人寿保险，未指定受益人。今年8月，陈丹因病住院，由于医院的医疗事故致使陈丹残疾。按照保险法的规定，下列表述哪些是正确的？

- A. 陈某既可以向医院索赔也可以同时要求保险公司承担责任
- B. 保险公司应向陈某支付保险金，并且不得向医院追偿
- C. 陈某投保时无须陈丹的书面同意
- D. 如陈丹不幸死亡，则推定陈某为受益人

2. (2009-3-32)<sup>③</sup> 丁某于2005年5月为其九周岁的儿子丁海购买一份人身保险。至2008年9月，丁某已支付了三年多的保险费。当年10月，丁海患病住院，因医院误诊误治致残。关于本案，下列哪一表述是正确的？

- A. 丁某可以在向保险公司索赔的同时要求医院承担赔偿责任

- ① B。
- ② ABC。
- ③ A。



- B. 应当先由保险公司支付保险金，再由保险公司向医院追偿
- C. 丁某应先向医院索赔，若医院拒绝赔偿或无法足额赔偿，再要求保险公司支付保险金
- D. 丁某不能用诉讼方式要求保险公司支付保险金

## 考点七 人身保险合同的解除

### 重点法条

第四十七条 投保人解除合同的，保险人应当自收到解除合同通知之日起三十日内，按照合同约定退还保险单的现金价值。

### 考点解析

此次《保险法》修订对此进行了较大幅度的修改。修改前的《保险法》规定：根据保险费缴纳时间的长短，保险人退还保险单的现金价值或者退还保险费。修订后的《保险法》统一规定：投保人解除合同的，保险人应当自收到解除合同通知之日起30日内，按照合同约定退还保险单的现金价值。



## 第二十八讲 财产保险合同

### 考点一 合同的变更和解除

#### 重点法条

第四十九条 保险标的转让的，保险标的的受让人承继被保险人的权利和义务。

保险标的转让的，被保险人或者受让人应当及时通知保险人，但货物运输保险合同和另有约定的合同除外。

因保险标的转让导致危险程度显著增加的，保险人自收到前款规定的通知之日起三十日内，可以按照合同约定增加保险费或者解除合同。保险人解除合同的，应当将已收取的保险费，按照合同约定扣除自保险责任开始之日起至合同解除之日止应收的部分后，退还投保人。

被保险人、受让人未履行本条第二款规定的通知义务的，因转让导致保险标的的危险程度显著增加而发生的保险事故，保险人不承担赔偿保险金的责任。

第五十一条 被保险人应当遵守国家有关消防、安全、生产操作、劳动保护等方面的规定，维护保险标的的安全。

保险人可以按照合同约定对保险标的的安全状况进行检查，及时向投保人、被保险人提出消除不安全因素和隐患的书面建议。

投保人、被保险人未按照约定履行其对保险标的的安全应尽责任的，保险人有权要求增加保险费或者解除合同。

保险人为维护保险标的的安全，经被保险人同意，可以采取安全预防措施。

第五十二条 在合同有效期内，保险标的的危险程度显著增加的，被保险人应当按照合同约定及时通知保险人，保险人可以按照合同约定增加保险费或者解除合同。保险人解除合同的，应当将已收取的保险费，按照合同约定扣除自保险责任开始之日起至合同解除之日止应收的部分后，退还投保人。

被保险人未履行前款规定的通知义务的，因保险标的的危险程度显著增加而发生的保险事故，保险人不承担赔偿保险金的责任。

#### 考点解析

##### （一）合同的变更

此次《保险法》修订对该知识点进行了较大幅度的修改，是重要考点：

（1）保险标的转让的，保险标的的受让人直接承继被保险人对于保险合同所享有的权利和义务；只有在因保险标的转让导致危险程度显著增加的情况下，保险人才可以调整保险费或者解除合同。

（2）被保险人、受让人应当将交易情况及时通知保险人；未及时通知的，只有对因转



让导致保险标的危险程度显著增加而发生的保险事故，保险人才可以不承担保险责任。

## （二）合同的解除

保险合同成立后即具有法律约束力，当事人不得随意解除合同。当事人解除合同，应当依照法律的规定或者当事人的约定，因此保险合同的解除分为法定解除和约定解除。

### 1. 投保人的解除权

除保险法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除保险合同，这是投保人的法定解除权，也就是退保。保险法另有规定，是指在货物运输保险合同以及运输工具航程保险合同中，在保险责任开始后，投保人不得随意解除合同。

### 2. 保险人的解除权

除保险法另有规定或者保险合同另有规定外，保险合同成立后，保险人不得解除保险合同。保险法赋予保险人解除权的规定有：

- (1) 投保人未履行如实告知义务；
- (2) 投保人、被保险人未履行维护保险标的的义务；
- (3) 被保险人未履行危险增加的义务；
- (4) 投保人未履行如实申报义务；
- (5) 投保人未按约定履行支付保险费的义务；
- (6) 投保人、被保险人或者受益人进行保险欺诈。

## 真题演练

1. (2003-3-18)<sup>①</sup> 陈某将自己的轿车投保于保险公司。一日，其车被房东之子（未成年）损坏，花去修理费1500元。陈遂与房东达成协议：房东免收陈某2个月房租1300元，陈不再要求房东赔偿修车费。后陈某将该次事故报保险公司要求索赔。在此情形下，以下哪一个判断是正确的？

- A. 保险公司应赔偿1500元
- B. 保险公司应赔偿200元
- C. 保险公司应赔偿1300元
- D. 保险公司不再承担赔偿责任

2. (2007-3-77)<sup>②</sup> 李某给自己的越野车投保了10万元责任险。李某让其子小李（年16岁）学习开车，某日小李独自开车时不慎撞坏叶某的轿车，叶某为此花去修车费2万元。下列哪些选项是正确的？

- A. 应当由李某对叶某承担侵权赔偿责任
- B. 应当由小李对叶某承担侵权赔偿责任
- C. 因李某疏于管理保险财产，保险公司有权单方通知李某解除保险合同
- D. 保险公司支付保险赔款后不能对小李行使代位追偿权

## 考点二 施救费用的承担与代位求偿权

### 重点法条

第五十七条 保险事故发生时，被保险人应当尽力采取必要的措施，防止或者减少

<sup>①</sup> D。  
<sup>②</sup> AD。





损失。

保险事故发生后，被保险人为防止或者减少保险标的的损失所支付的必要的、合理的费用，由保险人承担；保险人所承担的费用数额在保险标的的损失赔偿金额以外另行计算，最高不超过保险金额的数额。

第五十八条 保险标的发生部分损失的，自保险人赔偿之日起三十日内，投保人可以解除合同；除合同另有约定外，保险人也可以解除合同，但应当提前十五日通知投保人。

合同解除的，保险人应当将保险标的未受损失部分的保险费，按照合同约定扣除自保险责任开始之日起至合同解除之日止应收的部分后，退还投保人。

第五十九条 保险事故发生后，保险人已支付了全部保险金额，并且保险金额等于保险价值的，受损保险标的的全部权利归于保险人；保险金额低于保险价值的，保险人按照保险金额与保险价值的比例取得受损保险标的的部分权利。

第六十条 因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。

前款规定的保险事故发生后，被保险人已经从第三者取得损害赔偿的，保险人赔偿保险金时，可以相应扣减被保险人从第三者已取得的赔偿金额。

保险人依照本条第一款规定行使代位请求赔偿的权利，不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利。

第六十一条 保险事故发生后，保险人未赔偿保险金之前，被保险人放弃对第三者请求赔偿的权利的，保险人不承担赔偿保险金的责任。

保险人向被保险人赔偿保险金后，被保险人未经保险人同意放弃对第三者请求赔偿的权利的，该行为无效。

被保险人故意或者因重大过失致使保险人不能行使代位请求赔偿的权利的，保险人可以扣减或者要求返还相应的保险金。

第六十二条 除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成本法第六十条第一款规定的保险事故外，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利。

第六十三条 保险人向第三者行使代位请求赔偿的权利时，被保险人应当向保险人提供必要的文件和所知道的有关情况。

## 考点解析

### 1. 施救费用的承担

保险事故发生时，被保险人应当尽力采取必要的措施，防止或者减少损失。

保险事故发生后，被保险人为防止或者减少保险标的的损失所支付的必要的、合理的费用，由保险人承担；保险人所承担的费用数额在保险标的的损失赔偿金额以外另行计算，最高不超过保险金额的数额。

这是为了防止被保险人在获得保险的保障之后产生道德风险而放任事故的发生和扩大，施救费用由保险人承担归根到底是有利于保险人减轻赔偿责任。

### 2. 代位求偿权

(1) 代位求偿权是一种债权转移。被保险人因保险人赔偿获得保险补偿后，被保险人和第三人之间的债权债务关系仍然存在，保险人取得了被保险人对第三人享有的债权。





(2) 代位求偿权中的保险事故是由第三人引起。

(3) 代位求偿权的取得必须以保险人支付了保险金为基础，保险人在赔付后自动取得代位求偿权。

(4) 代位求偿权的范围不得超过保险人的赔付金额。

(5) 保险人在行使代位求偿权时，是以自己的名义，行使的对象是造成保险事故的第三人。

(6) 保险事故发生后，保险人赔偿保险金之前，被保险人放弃对第三者的请求赔偿的权利的，保险人不承担赔偿保险金的责任。保险人向被保险人赔偿保险金后，被保险人未经保险人同意放弃对第三者请求赔偿的权利的，该行为无效。由于被保险人的故意和重大过失致使保险人不能行使代位请求赔偿的权利的，保险人可以相应扣减或者要求返还相应的保险金。

(7) 除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成保险事故以外，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利。

(8) 代位求偿权仅适用于财产保险，不适用于人身保险。

### 真题演练

1. (2008-3-27)<sup>①</sup> 甲将自己的汽车向某保险公司投保财产损失险，附加盗抢险，保险金额按车辆价值确定为 20 万元。后该汽车被盗，在保险公司支付了全部保险金额之后，该车辆被公安机关追回。关于保险金和车辆的处置方法，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲无需退还受领的保险金，但车辆归保险公司所有
- B. 车辆归甲所有，但甲应退还受领的保险金
- C. 甲无需退还保险金，车辆应归甲所有
- D. 应由甲和保险公司协商处理保险金与车辆的归属

2. (2008-3-71)<sup>②</sup> 王某将自己居住的房屋向某保险公司投保家庭财产保险。保险合同有效期内，该房屋因邻居家的小孩玩火而被部分毁损，损失 10 万元。下列哪些选项是错误的？

- A. 王某应当先向邻居索赔，在邻居无力赔偿的前提下才能向保险公司索赔
- B. 王某可以放弃对邻居的赔偿请求权，单独向保险公司索赔
- C. 若王某已从邻居处得到 10 万元的赔偿，其仍可向保险公司索赔
- D. 若王某从保险公司得到的赔偿不足 10 万元，其仍可向邻居索赔

3. (2004-3-64)<sup>③</sup> 刁某将自有轿车向保险公司投保，其保险合同中含有自燃险险种。一日，该车在行驶中起火，刁某情急之下将一农户晾在公路旁的棉被打湿灭火，但车辆仍有部分损失，棉被也被烧坏。保险公司对下列哪些费用应承担赔付责任？

- A. 车辆修理费 500 元
- B. 刁某误工费 400 元
- C. 农户的棉被损失 200 元
- D. 刁某乘其他车辆返回的交通费 30 元

4. (2009-3-33)<sup>④</sup> 潘某向保险公司投保了一年期的家庭财产保险。保险期间内，

① A。  
② ABC。  
③ AC。  
④ A。



潘某一家外出，嘱托保姆看家。某日，保姆外出忘记锁门，窃贼乘虚而入，潘某家被盗财物价值近 5 000 元。下列哪一表述是正确的？

- A. 应由保险公司赔偿，保险公司赔偿后无权向保姆追偿
- B. 损失系因保姆过错所致，保险公司不承担赔偿责任
- C. 潘某应当向保险公司索赔，不能要求保姆承担赔偿责任
- D. 潘某只能要求保姆赔偿，不能向保险公司索赔

### 考点三 重复保险与责任保险

#### 重点法条

第五十六条 重复保险的投保人应当将重复保险的有关情况通知各保险人。

重复保险的各保险人赔偿保险金的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外，各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿保险金的责任。

重复保险的投保人就可以就保险金额总和超过保险价值的部分，请求各保险人按比例返还保险费。

重复保险是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别与两个以上保险人订立保险合同，且保险金额总和超过保险价值的保险。

第六十五条 保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接向该第三者赔偿保险金。

责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的，根据被保险人的请求，保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的，第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。

责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人未向该第三者赔偿的，保险人不得向被保险人赔偿保险金。

责任保险是指以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险。

第六十六条 责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的，被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用，除合同另有约定外，由保险人承担。

#### 考点解析

##### 1. 重复保险

重复保险是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别向 2 个以上保险人订立保险合同的保险。

重复保险的各保险人赔偿保险金的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外，各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿保险金的责任。

特别注意第 56 条第 3 款的规定是保险法新增的内容：重复保险的投保人可以就保险金额总和超过保险价值的部分，请求各保险人按比例返还保险费。

##### 2. 责任保险

此次《保险法》修订对责任保险制度进行了重大修改，第 65 条第 2 款和第 3 款的规

定是新增的内容，需要特别注意。

(1) 责任保险的标的为一定范围内的侵权损害赔偿，刑事责任不能作为标的。

(2) 在第三人责任险制度中，保险人直接向第三人赔付的具体规定，即第 65 条第 2 款和第 3 款的规定是特别重要的内容。

(3) 除另有规定外，诉讼等费用由保险人承担。

### 真题演练

(2003-3-53)<sup>①</sup> 甲厂生产健身器，其产品向乙保险公司投保了产品质量责任险。消费者华某使用该厂健身器被损伤而状告甲厂。甲厂委托鉴定机构对产品质量进行鉴定，结论是该产品确有质量缺陷，后甲厂被法院判决败诉并承担诉讼费。在此情形下，乙保险公司应承担的保险赔偿责任应包括下列哪些范围？

- A. 法院判决甲厂赔偿给华某的经济损失 3 万元
- B. 甲厂因上述诉讼所造成的名誉损失 2 万元
- C. 甲厂花去的鉴定费 8 000 元
- D. 甲厂承担的诉讼费 1 500 元

<sup>①</sup> ACD。



## 第二十九讲 保险业法律制度

### 重点法条

第六十七条 设立保险公司应当经国务院保险监督管理机构批准。

国务院保险监督管理机构审查保险公司的设立申请时，应当考虑保险业的发展和公平竞争的需要。

第八十四条 保险公司有下列情形之一的，应当经保险监督管理机构批准：

- (一) 变更名称；
- (二) 变更注册资本；
- (三) 变更公司或者分支机构的营业场所；
- (四) 撤销分支机构；
- (五) 公司分立或者合并；
- (六) 修改公司章程；
- (七) 变更出资额占有限责任公司资本总额百分之五以上的股东，或者变更持有股份有限公司股份百分之五以上的股东；
- (八) 国务院保险监督管理机构规定的其他情形。

第八十八条 保险公司聘请或者解聘会计师事务所、资产评估机构、资信评级机构等中介服务机构，应当向保险监督管理机构报告；解聘会计师事务所、资产评估机构、资信评级机构等中介服务机构，应当说明理由。

第九十条 保险公司有《中华人民共和国企业破产法》第二条规定情形的，经国务院保险监督管理机构同意，保险公司或者其债权人可以依法向人民法院申请重整、和解或者破产清算；国务院保险监督管理机构也可以依法向人民法院申请对该保险公司进行重整或者破产清算。

第九十一条 破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，按照下列顺序清偿：

- (一) 所欠职工工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；
- (二) 赔偿或者给付保险金；
- (三) 保险公司欠缴的除第（一）项规定以外的社会保险费用和所欠税款；
- (四) 普通破产债权。

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

破产保险公司的董事、监事和高级管理人员的工资，按照该公司职工的平均工资计算。

第九十五条 保险公司的业务范围：

- (一) 人身保险业务，包括人寿保险、健康保险、意外伤害保险等保险业务；
- (二) 财产保险业务，包括财产损失保险、责任保险、信用保险、保证保险等保险业务；
- (三) 国务院保险监督管理机构批准的与保险有关的其他业务。

保险人不得兼营人身保险业务和财产保险业务。但是，经营财产保险业务的保险公司





经国务院保险监督管理机构批准，可以经营短期健康保险业务和意外伤害保险业务。

保险公司应当在国务院保险监督管理机构依法批准的业务范围内从事保险经营活动。

第九十六条 经国务院保险监督管理机构批准，保险公司可以经营本法第九十五条规定的保险业务的下列再保险业务：

- (一) 分出保险；
- (二) 分入保险。

第一百零一条 保险公司应当具有与其业务规模和风险程度相适应的最低偿付能力。保险公司的认可资产减去认可负债的差额不得低于国务院保险监督管理机构规定的数额；低于规定数额的，应当按照国务院保险监督管理机构的要求采取相应措施达到规定的数额。

第一百零二条 经营财产保险业务的保险公司当年自留保险费，不得超过其实有资本金加公积金总和的四倍。

第一百零三条 保险公司对每一危险单位，即对一次保险事故可能造成的最大损失范围所承担的责任，不得超过其实有资本金加公积金总和的百分之十；超过的部分应当办理再保险。

保险公司对危险单位的划分应当符合国务院保险监督管理机构的规定。

第一百零六条 保险公司的资金运用必须稳健，遵循安全性原则。

保险公司的资金运用限于下列形式：

- (一) 银行存款；
- (二) 买卖债券、股票、证券投资基金份额等有价证券；
- (三) 投资不动产；
- (四) 国务院规定的其他资金运用形式。

保险公司资金运用的具体管理办法，由国务院保险监督管理机构依照前两款的规定制定。

第一百四十五条 保险公司有下列情形之一的，国务院保险监督管理机构可以对其实行接管：

- (一) 公司的偿付能力严重不足的；
- (二) 违反本法规定，损害社会公共利益，可能严重危及或者已经严重危及公司的偿付能力的。

被接管的保险公司的债权债务关系不因接管而变化。

第一百四十六条 接管组的组成和接管的实施办法，由国务院保险监督管理机构决定，并予以公告。

第一百四十七条 接管期限届满，国务院保险监督管理机构可以决定延长接管期限，但接管期限最长不得超过二年。

第一百四十八条 接管期限届满，被接管的保险公司已恢复正常经营能力的，由国务院保险监督管理机构决定终止接管，并予以公告。

## 考点解析

### 1. 保险公司的设立

我国对保险公司的设立采取行政许可主义，设立保险公司，必须经保险监督管理机构



批准。此次《保险法》修订对此进行了较大幅度的修改，删除了有关保险公司组织形式的特别规定，今后保险公司在组织形式上直接适用公司法，既可以采取股份有限公司的形式，也可以采取有限责任公司的形式。此外，考虑到国有独资公司属于有限责任公司的特殊形式，因此也不再单独列举。

## 2. 保险公司的变更、解散与清算

(1) 变更。保险公司有下列情形之一的，应当经保险监督管理机构批准：①变更名称；②变更注册资本；③变更公司或者分支机构的营业场所；④撤销分支机构；⑤公司分立或者合并；⑥修改公司章程；⑦变更出资额占有限责任公司资本总额5%以上的股东，或者变更持有股份有限公司股份5%以上的股东；⑧国务院保险监督管理机构规定的其他情形。

(2) 解散与清算：①保险公司因分立、合并需要解散，或者股东会、股东大会决议解散，或者公司章程规定的解散事由出现，经国务院保险监督管理机构批准后解散。保险公司解散，应当依法成立清算组进行清算。②经营有人寿保险业务的保险公司，除因分立、合并或者被依法撤销外，不得解散。③保险公司不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，经国务院保险监督管理机构同意，保险公司或者其债权人可以依法向人民法院申请重整、和解或者破产清算；国务院保险监督管理机构也可以依法向人民法院申请对该保险公司进行重整或者破产清算。

## 3. 保险经营原则

(1) 分业经营原则。保险人不得兼营人身保险业务和财产保险业务。但是，经营财产保险业务的保险公司经国务院保险监督管理机构批准，可以经营短期健康保险业务和意外伤害保险业务。

(2) 禁止兼营原则。保险公司的业务范围由保险监督管理机构依法核定。保险公司只能在依法批准的业务范围内从事保险经营活动，不得兼营本法及其他法律、行政法规规定以外的业务。

(3) 保险专营原则。经营商业保险业务，必须是依照本法设立的保险公司以及法律、行政法规规定的其他保险组织。其他单位和个人不得经营商业保险业务。

(4) 保险公司偿付能力的维持。保险公司应当具有与其业务规模和风险程度相适应的最低偿付能力。保险公司的认可资产减去认可负债的差额不得低于国务院保险监督管理机构规定的数额；低于规定数额的，应当按照国务院保险监督管理机构的要求采取相应措施达到规定的数额。

(5) 保险公司的风险管理。①再保险的强制：保险公司对每一危险单位，即对一次保险事故可能造成的最大损失范围所承担的责任，不得超过其实有资本金加公积金总和的10%；超过的部分应当办理再保险。②自留保险费的限制：经营财产保险业务的保险公司当年自留保险费，不得超过其实有资本金加公积金总和的4倍。对于经营人身保险业务的保险公司，不受限制。

(6) 保险公司资金运营规则。保险公司的资金运用限于下列形式：银行存款，买卖债券、股票、证券投资基金份额等有价证券，投资不动产，国务院规定的其他资金运用形式。

## 4. 保险业的监督管理

(1) 保险公司的接管





保险公司有下列情形之一的，国务院保险监督管理机构可以对其实行接管：①公司的偿付能力严重不足的；②违反本法规定，损害社会公共利益，可能严重危及或者已经严重危及公司的偿付能力的。被接管的保险公司的债权债务关系不因接管而变化。

接管期限届满，国务院保险监督管理机构可以决定延长接管期限，但接管期限最长不得超过2年。

接管期限届满，被接管的保险公司已恢复正常经营能力的，由国务院保险监督管理机构决定终止接管，并予以公告。

## （2）保险公司的破产清算

保险公司因违法经营被依法吊销经营保险业务许可证的，或者偿付能力低于国务院保险监督管理机构规定标准，不予撤销将严重危害保险市场秩序、损害公共利益的，由国务院保险监督管理机构予以撤销并公告，依法及时组织清算组进行清算。

破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，按照下列顺序清偿：①所欠职工工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；②赔偿或者给付保险金；③保险公司欠缴的除第1项规定以外的社会保险费用和所欠税款；④普通破产债权。

注意记忆清偿的顺序，基本养老保险纳入第一清偿顺序，之外的其他社会保险纳入第三次序，与所欠税款同一位次。

# 第八章 《票据法》

## 第三十讲 票据法原理

### 考点一 票据概述

#### 重点法条

第二条 在中华人民共和国境内的票据活动，适用本法。

本法所称票据，是指汇票、本票和支票。

第四条 票据出票人制作票据，应当按照法定条件在票据上签章，并按照所记载的事项承担票据责任。

持票人行使票据权利，应当按照法定程序在票据上签章，并出示票据。

其他票据债务人在票据上签章的，按照票据所记载的事项承担票据责任。

本法所称票据权利，是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。

本法所称票据责任，是指票据债务人向持票人支付票据金额的义务。

#### 考点解析

##### （一）概念

票据是由出票人签发的、约定由自己或委托他人于见票时或确定的日期，向持票人或收款人无条件支付一定金额的有价证券。票据具有汇兑功能、支付功能、信用功能、结算功能、融资功能。

##### （二）特征

票据的特征是：

1. 无因性。票据上的法律关系只是单纯的金钱支付关系，权利人享有票据权利只以持有票据为必要，至于这种支付关系的原因或者说权利人取得票据的原因都可以不问。即使这种原因关系无效，对票据关系也不发生影响。持有票据的人行使权利时无须证明其取得票据的原因。

2. 文义性。票据所体现的权利义务内容严格按照票据所载文义加以确定，不得依照票据记载以外的事实，对行为人的意思作出与票据所载文义不同的解释，或对票据所载文义予以补充或变更。例如，实际出票日期与票据记载的出票日期不一致的，必须以票据所



载日期为准。

3. 独立性。这一特点体现在票据行为上，在具备基本形式的同一票据上的数个票据行为独立生效，一个行为的无效不影响其他行为的效力。

4. 要式性。票据格式、记载事项和一切票据行为必须严格按照票据法律法规所作的规定，否则，票据效力将受影响，甚至无效。

5. 设权性与提示性。票据权利与票据占有不可分离；行使票据权利必须出示票据。

### （三）种类

#### 1. 汇票

汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

（1）依当事人身份不同可分为银行汇票和商业汇票。银行汇票以银行为出票人，同时以银行为付款人，出票人与付款人通常为同一银行。商业汇票以银行以外的其他公司、企业为出票人，以银行或者其他公司企业等为付款人。

（2）按付款期限不同可分为即期汇票和远期汇票。其中远期汇票又可分为定日付款汇票、出票后定期付款汇票、见票后定期付款汇票。只有远期汇票才存在承兑问题。

#### 2. 本票

本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。我国只有银行本票。且本票均为即期本票。

#### 3. 支票

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

（1）以权利人记载方式为准可分为记名支票、无记名支票和指示支票，我国法律承认无记名支票。

（2）按照付款方式可分为现金支票和转账支票，转账支票只能用于转账，不得支取现金。

（3）按当事人是否兼任可分为一般支票和变式支票，变式支票又可分为对己支票（出票人自己为付款人）、指己支票（出票人自己为收款人）、付受支票（付款人为收款人）。

### 真题演练

1. (2006-3-23)<sup>①</sup> 汇票持票人甲公司在汇票到期后即请求承兑人乙公司付款，乙公司明知该汇票的出票人丙公司已被法院宣告破产仍予以付款。下列哪一表述是错误的？

- A. 乙公司付款后可以向丙公司行使追索权
- B. 乙公司可以要求甲公司退回所付款项
- C. 乙公司付款后可以向出票人丙公司的破产清算组申报破产债权
- D. 在持票人请求付款时乙公司不能以丙公司被宣告破产为由而抗辩

2. (2007-3-71)<sup>②</sup> 熊某因出差借款。财务部门按规定给熊某开具了一张载明金额

<sup>①</sup> B。

<sup>②</sup> BCD。

1 万元的现金支票。熊某持支票到银行取款，银行实习生马某向熊某提出了下列问题：你真的是熊某吗？为什么要借 1 万元？熊某拒绝回答，马某遂拒绝付款。根据票据法原理，关于马某行为，下列哪些选项是正确的？

- A. 侵犯熊某人格尊严
- B. 违反票据无因性原理
- C. 侵犯持票人权利
- D. 违反现金支票见票即付规则

## 考点二

## 票据法律关系

### 考点解析

#### （一）票据关系的当事人

##### 1. 基本当事人

基本当事人是指在票据发行时就已存在的当事人，包括出票人、收款人与付款人三种，在汇票及支票有出票人、付款人与收款人，在本票有出票人与收款人。基本当事人是构成票据上的法律关系的必要主体，这种主体不存在或者不完全，票据上的法律关系就不能成立，票据也就无效。

##### 2. 非基本当事人

是指在票据发出后通过各种票据行为而加入票据关系中成为票据当事人的人，如背书人、保证人、参加付款人、预备付款人等。

#### （二）票据关系

票据法上的法律关系包括票据关系和票据上的非票据关系。

##### 1. 票据关系

票据关系是指票据当事人基于票据行为而发生的债权债务关系。其中，票据的持有人享有票据权利，在票据上签名的票据债务人承担票据义务。

##### 2. 票据上的非票据关系

指由票据法直接规定的，不是基于票据行为而发生的法律关系。非票据关系也称票据基础关系，包括以下三种类型：

（1）原因关系。指票据当事人之间授受票据的理由。原因关系只存在于授受票据的直接当事人之间，票据一经转让，其原因关系对票据效力的影响力即被切断。

（2）票据预约关系。指票据当事人在授受票据之前，就票据的种类、金额、到期日、付款地等事项达成协议而产生的法律关系。

（3）资金关系。指汇票出票人和付款人、支票出票人与付款银行或其他资金义务人所发生的法律关系。即出票人之所以委托付款人进行付款的原因。一般来说，资金关系的存在或有效与否，均不影响票据的效力。

票据关系与非票据关系同时存在一张票据之上，非票据关系是票据关系的基础，一般表现为民事合同。为了保证票据流通的安全，这两种关系互不影响。



## 考点三 票据权利

### 重点法条

第九条 票据上的记载事项必须符合本法的规定。

票据金额、日期、收款人名称不得更改，更改的票据无效。

对票据上的其他记载事项，原记载人可以更改，更改时应当由原记载人签章证明。

第十条 票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系。

票据的取得，必须给付对价，即应当给付票据双方当事人认可的相对应的代价。

第十一条 因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的，不受给付对价的限制。但是，所享有的票据权利不得优于其前手的权利。

前手是指在票据签章人或者持票人之前签章的其他票据债务人。

第十二条 以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据的，不得享有票据权利。

持票人因重大过失取得不符合本法规定的票据的，也不得享有票据权利。

第十四条 票据上的记载事项应当真实，不得伪造、变造。伪造、变造票据上的签章和其他记载事项的，应当承担法律责任。

票据上有伪造、变造的签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。

票据上其他记载事项被变造的，在变造之前签章的人，对原记载事项负责；在变造之后签章的人，对变造之后的记载事项负责；不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的，视同在变造之前签章。

第十五条 票据丧失，失票人可以及时通知票据的付款人挂失止付，但是，未记载付款人或者无法确定付款人及其代理付款人的票据除外。

收到挂失止付通知的付款人，应当暂停支付。

失票人应当在通知挂失止付后三日内，也可以在票据丧失后，依法向人民法院申请公示催告，或者向人民法院提起诉讼。

### 考点解析

#### （一）票据权利的含义

票据权利为持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。

##### 1. 付款请求权

为第一顺序权利，须满足以下条件：

- （1）票据未过时效。汇票和本票自票据到期日起2年内有效；见票即付的汇票和本票自出票日起2年内有效；支票自出票日起6个月内有效。
- （2）持票人持有票据原件。
- （3）票据所载金额必须一次性得以完全支付。
- （4）持票人得到付款后必须向付款人移转票据，票据所载权利由付款人承受。





## 2. 追索权

为持票人行使付款请求权被拒绝承兑或付款，或有其他法定事由未得付款时所享有的，在保全票据权利基础上，向其前手请求支付票据金额及其他法定款项的权利，为第二顺序权利。

### （二）票据权利的取得

#### 1. 原始取得

持票人不经任何其他前手权利人而最初取得权利，包括发行取得与善意取得。

（1）发行取得。发行取得是指权利人依出票人的出票行为而取得票据，为主要的原始取得方式，亦为其他取得方式的基础。

（2）善意取得。善意取得是票据受让人依票据法规定的转让方式，善意地从无处分权人手中取得票据，从而享有票据权利。所谓善意，指的是无恶意或重大过失，判断受让人是否善意应以其取得票据时的情况为标准，且受让人注意义务仅限于对其直接前手。

#### 2. 继受取得

受让人从有处分权的前手权利人处取得票据权利。通过背书转让、保证、付款等票据法规定的转让方式取得票据权利，为票据法上的继受取得；通过质押、贴现、继承、赠与、公司合并或分立、清算等方式取得票据权利，为非票据法上的继受取得，此种继受取得只能得到一般法律的保护，不能主张票据法上的抗辩切断和善意取得等。

### （三）票据权利的行使和保全

#### 1. 行使

（1）提示承兑。提示承兑远期汇票的持票人应自出票日起1个月内向付款人提示承兑。提示处所通常为汇票载明，未指明的，以营业场所为准。即期汇票、本票、支票无须提示承兑。

（2）提示付款。提示付款见票即付的汇票，自出票日起1个月内向付款人提示付款；定期付款、出票后定期付款或见票定期付款的汇票，自到期日起10日内向承兑人提示付款；本票自出票日起2个月内向付款人提示付款；支票自出票日起10日内向付款人提示付款。

#### 2. 保全

票据权利的保全是指票据权利人为防止票据权利丧失所进行的行为。

（1）按期提示票据。持票人只有在法定期间内提示票据请求付款被拒绝时，方可行使追索权。

（2）做成拒绝证书。持票人提示承兑或提示付款被拒绝时，承兑人或付款人必须出具证明。

（3）起诉。时效中断的效果只对发生时效中断事由的当事人有效。

### （四）票据权利的消灭

1. 付款。付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任解除。

2. 追索义务人清偿票据债务及追索费用。被追索人清偿债务后，其责任消除。

3. 票据时效期间届满。票据权利在下列期限内不行使而消灭：

（1）持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起2年。见票即付的汇票、本票，自出票日起2年；



- (2) 持票人对支票出票人的权利, 自出票日起 6 个月;
- (3) 持票人对前手的追索权, 自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起 6 个月;
- (4) 持票人对前手的再追索权, 自清偿日或者被提起诉讼之日起 3 个月。

4. 票据记载事项欠缺。

5. 保全手续欠缺。

## (五) 票据权利的瑕疵

### 1. 票据伪造

票据伪造是指假冒或虚构他人名义为票据行为并在票据上签章。被伪造人不承担任何票据责任, 伪造人也不承担票据义务但须承担其他法律责任。

### 2. 票据变造

票据变造是指无合法变更权限的人, 对除签章外的票据记载事项加以变更。变造人在票据上没有签章, 则不承担票据义务, 但负相应刑事、民事及行政责任; 若变造人在票据上有签章, 则按其变造以后的票据记载事项承担票据义务, 并承担相应刑事、民事及行政责任; 在变造之前签章的人, 对原记载事项负责; 在变造之后签章的人, 对变造之后的记载事项负责; 不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的, 视同在变造之前签章。

### 3. 票据更改

票据的更改是指依票据法有更改权限的人, 以法定方式对票据上的可更改记载事项加以更改。更改前的签章人依更改前记载事项承担票据义务, 更改后的签章人依更改后记载事项承担票据义务。

### 4. 票据涂销

票据涂销是指有涂销权的人故意将票据记载事项进行涂抹或消除。被涂抹部分的记载事项失去票据记载效力, 被涂销部分得票据权利消灭。

## 真题演练

1. (2005-3-31)<sup>①</sup> 甲拾得某银行签发的金额为 5 000 元的本票一张, 并将该本票背书送给女友乙作生日礼物, 乙不知本票系甲拾得, 按期持票要求银行付款。假设银行知晓该本票系甲拾得并送给乙, 对于乙的付款请求, 下列哪一种说法是正确的?

- A. 根据票据无因性原则, 银行应当支付
- B. 乙无对价取得本票, 银行得拒绝支付
- C. 虽甲取得本票不合法, 但因乙不知情, 银行应支付
- D. 甲取得本票不合法, 且乙无对价取得本票, 银行得拒绝支付

2. (2008-3-72)<sup>②</sup> 甲向乙开具金额为 100 万元的汇票以支付货款。乙取得该汇票后背书转让给丙, 丙又背书转让给丁, 丁再背书转让给戊。现查明, 甲、乙之间并无真实交易关系, 丙为未成年人, 票据金额被丁变造。下列哪些选项是正确的?

- A. 尽管甲、乙之间没有真实交易, 但该汇票仍然有效
- B. 尽管丙为未成年人, 但其在票据上的签章仍然有效

<sup>①</sup> D。  
<sup>②</sup> AD。



- C. 尽管票据金额已被丁变造, 但该汇票仍然有效
- D. 戊不能向甲、乙行使票据上的追索权

## 考点四

## 票据抗辩

### 重点法条

第十三条 票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由, 对抗持票人。但是, 持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外。

票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人, 进行抗辩。

本法所称抗辩, 是指票据债务人根据本法规定对票据债权人拒绝履行义务的行为。

### 考点解析

#### (一) 票据抗辩的特点

1. 对票据金额全额抗辩;
2. 票据保证人不享有先诉抗辩权。

#### (二) 种类

票据抗辩有两种类型。

##### 1. 物的抗辩

物的抗辩指基于票据本身内容发生的事由所作的抗辩, 又称为“绝对的抗辩”或“客观的抗辩”。

- (1) 欠缺法定必要记载事项或者有法定禁止记载事项或不符合法定格式的;
- (2) 超过票据权利时效的;
- (3) 背书不连续的;
- (4) 票据尚未到期;
- (5) 票据因除权判决被宣告无效;
- (6) 票据伪造时, 被伪造的签章人可以提出抗辩;
- (7) 票据变造时, 变造前的签章人可对变造后的记载事项提出抗辩; 变造后的签章人可对变造前的记载事项提出抗辩;
- (8) 无权代理、越权代理情形下, 本人可以提出相应抗辩;
- (9) 无民事行为能力人或限制行为能力人的监护人可以主张被监护人所为的票据;
- (10) 欠缺保全手续。

##### 2. 人的抗辩

人的抗辩主要是指由于债务人与特定的债权人之间的关系而发生的抗辩。这种情况往往是当事人在票据约定付款人只对票据上的收款人承担票据责任, 或者该票据只能在约定的主体范围内流通时, 债务人才承担票据责任。人的抗辩又称为“相对的抗辩”或“主观的抗辩”。

- (1) 原因关系不存在、无效或者消灭的情形下, 票据债务人可对有直接原因关系的票





据权利人进行抗辩；

(2) 票据债务人可对有直接债权债务关系且未履行约定的持票人进行抗辩；

(3) 持票人以欺诈、偷盗、胁迫等非法手段取得票据，或明知有此类情形仍恶意取得票据；

(4) 持票人明知票据债务人与出票人或与持票人前手之间存在抗辩事由而取得票据；

(5) 持票人以重大过失取得票据。

### (三) 票据抗辩的限制

又称为票据抗辩切断，是指票据法对票据债务人不得对特定票据权利人行使抗辩权的规定。对物抗辩是绝对的，不存在限制问题，票据抗辩限制主要指对人抗辩的限制，主要有两种情形：

1. 对出票人抗辩的切断：票据债务人不得以自己与出票人之间的抗辩事由对抗持票人。

2. 对持票人前手的抗辩切断：票据债务人不得以自己与持票人前手之间的抗辩事由对抗持票人。

### 真题演练

1. (2003-3-15)<sup>①</sup> 张某向李某背书转让面额为10万元的汇票作为购买房屋的价金，李某接受汇票后背书转让给第三人。如果张某与李某之间的房屋买卖合同被合意解除，则张某可以行使下列哪一权利？

- A. 请求李某返还汇票
- B. 请求李某返还10万元现金
- C. 请求从李某处受让汇票的第三人返还汇票
- D. 请求付款人停止支付票据上的款项

2. (2007-3-32)<sup>②</sup> 朱某持一张载明金额为人民币50万元的承兑汇票，向票据所载明的付款人某银行提示付款。但该银行以持票人朱某拖欠银行贷款60万元尚未清偿为由拒绝付款，并以该汇票票面金额冲抵了部分届期贷款金额。对付款人（即某银行）行为的定性，下列哪一选项是正确的？

- A. 违反票据无因性原则的行为
- B. 违反票据独立性原则的行为
- C. 行使票据抗辩之对人抗辩的行为
- D. 行使票据抗辩之对物抗辩的行为

## 考点五 票据行为

### 重点法条

第六条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的，其签章无效，

<sup>①</sup> B。

<sup>②</sup> C。



但是不影响其他签章的效力。

第七条 票据上的签章，为签名、盖章或者签名加盖章。

法人和其他使用票据的单位在票据上的签章，为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。

第八条 票据金额以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。

## 考点解析

### （一）概念、特征

票据行为是行为人在票据上进行必备事项的记载、完成签章并予以交付。票据行为具有独立性，即在同一票据上所为的若干票据行为分别依各行为人在票据上所作记载独立地发生效力，在先票据行为无效不影响在后票据行为的效力。

### （二）行为要件

#### 1. 实质要件

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的，其签章无效，但是不影响其他签章的效力。

#### 2. 形式要件

（1）书面。票据行为以书面形式和法定形式做成才发生效力。

（2）签章。在票据上签章的人依照票据所载事项承担票据责任。

票据上的签章因票据行为的性质不同，签章人也不相同。票据签发时，由出票人签章；票据转让时，由背书人签章；票据承兑时，由承兑人签章；票据保证时，由保证人签章；票据代理时，由代理人签章；持票人行使票据权利时，由持票人签章等。

票据的金额、出票日期与收款名称不能更改，如果更改，则票据无效。

票据金额以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，否则票据即为无效。

（3）记载事项。票据名称、无条件支付的委托或承诺、确定的金额、出票日期、出票人签章是汇票、本票、支票共同的绝对记载事项，此外，汇票还必须记载付款人和收款人名称，本票须记载收款人名称，支票须记载付款人名称。

## 真题演练

（2008-3-72）<sup>①</sup> 甲向乙开具金额为100万元的汇票以支付货款。乙取得该汇票后背书转让给丙，丙又背书转让给丁，丁再背书转让给戊。现查明，甲、乙之间并无真实交易关系，丙为未成年人，票据金额被丁变造。下列哪些选项是正确的？

- A. 尽管甲、乙之间没有真实交易，但该汇票仍然有效
- B. 尽管丙为未成年人，但其在票据上的签章仍然有效
- C. 尽管票据金额已被丁变造，但该汇票仍然有效
- D. 戊不能向甲、乙行使票据上的追索权

<sup>①</sup> AD。

## 考点六 票据的丧失与补救

### 重点法条

第十五条 票据丧失，失票人可以及时通知票据的付款人挂失止付，但是，未记载付款人或者无法确定付款人及其代理付款人的票据除外。

收到挂失止付通知的付款人，应当暂停支付。

失票人应当在通知挂失止付后三日内，也可以在票据丧失后，依法向人民法院申请公示催告，或者向人民法院提起诉讼。

票据丧失包括绝对丧失如票据毁损，也包括相对丧失如票据被遗失。我国规定了三种途径对丧失票据的权利人进行补救。

### 考点解析

#### 1. 挂失止付

票据权利人在丧失票据占有时，为使票据权利免受可能损害，可通知并请求付款人停止票据支付。付款人在接到止付通知后若仍付款，则不论善意与否，都应承担责任。

挂失止付并不是票据丧失后票据权利补救的必经程序，它仅仅是失票人在丧失票据后可以采取的一种暂时的预防措施，以防止票据被冒领或骗取。因此，失票人既可以票据丧失后先采取挂失止付，再紧接着申请公示催告或提起诉讼；也可以不采取挂失止付，直接向人民法院申请公示催告，由法院在受理后发出停止支付通知，或向法院直接起诉。

付款人或者代理付款人自收到挂失止付通知书之日起12日内没有收到人民法院的止付通知书的，自第13日起，挂失止付通知书失效。

#### 2. 公示催告

申请公示催告程序必须具备以下条件：

(1) 申请主体必须是按照规定可以背书转让的票据持有人，即票据被盗、遗失、灭失前的最后持有人。

(2) 申请的原因必须是可以背书转让的票据被盗、遗失或灭失，且利害关系人处于不明状态，对其他事项申请公示催告必须有法律的明文规定。

(3) 公示催告程序必须由票据支付地的基层人民法院管辖。

(4) 申请方式，须由申请人书面申请写明票面金额，发票人、持票人、背书人等主要内容，申请公示催告的理由和票据丢失的事实。

(5) 公示催告申请人要求撤回申请的须在公示催告前提出，在公示催告期间要求撤回的法院可以径行裁定终结公示催告程序。

人民法院受理公示催告申请后，同时应通知支付人停止支付直至公示催告程序终结。支付人拒不停止支付的，在判决除权后，支付人仍应承担支付义务，在公示催告程序期间，该票据被转让的，转让行为无效。

法院决定受理公示催告程序的应当在三日内发出公告，催促利害关系人申报权利，公告时间不得少于60天。

利害关系人在公示催告期间可以向人民法院提出对该票据享有权利，申报权利的程



序是：

(1) 利害关系人应当在公示催告程序期间或在申报期间届满，判决作出前向人民法院提出。

(2) 利害关系人在向法院主张权利时应向法院出示票据，法院即时通知公示催告申请人在指定期间查看该票据，如公示催告的票据与利害关系人出示的票据不一致，应当驳回利害关系人的申请。

如利害关系人未在判决前申报权利的，可以在判决公告之日起1年内，向作出判决的人民法院起诉，人民法院按票据纠纷适用普通程序审理确权。

### 3. 诉讼

即民事诉讼法中规定的普通民事诉讼程序。





## 第三十一讲 汇票、本票和支票

### 考点一 汇票

#### 重点法条

第十九条 汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

汇票分为银行汇票和商业汇票。

第二十条 出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。

第二十二条 汇票必须记载下列事项：

- (一) 表明“汇票”的字样；
- (二) 无条件支付的委托；
- (三) 确定的金额；
- (四) 付款人名称；
- (五) 收款人名称；
- (六) 出票日期；
- (七) 出票人签章。

汇票上未记载前款规定事项之一的，汇票无效。

第二十三条 汇票上记载付款日期、付款地、出票地等事项的，应当清楚、明确。

汇票上未记载付款日期的，为见票即付。

汇票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。

汇票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

第二十五条 付款日期可以按照下列形式之一记载：

- (一) 见票即付；
- (二) 定日付款；
- (三) 出票后定期付款；
- (四) 见票后定期付款。

前款规定的付款日期为汇票到期日。

第二十六条 出票人签发汇票后，即承担保证该汇票承兑和付款的责任。出票人在汇票得不到承兑或者付款时，应当向持票人清偿本法第七十条、第七十一条规定的金额和费用。

第二十七条 持票人可以将汇票权利转让给他人或者将一定的汇票权利授予他人行使。

出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让。

持票人行使第一款规定的权利时，应当背书并交付汇票。





背书是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。

第二十八条 票据凭证不能满足背书人记载事项的需要，可以加附粘单，粘附于票据凭证上。

粘单上的第一记载人，应当在汇票和粘单的粘接处签章。

第二十九条 背书由背书人签章并记载背书日期。

背书未记载日期的，视为在汇票到期日前背书。

第三十条 汇票以背书转让或者以背书将一定的汇票权利授予他人行使时，必须记载被背书人名称。

第三十一条 以背书转让的汇票，背书应当连续。持票人以背书的连续，证明其汇票权利；非经背书转让，而以其他合法方式取得汇票的，依法举证，证明其汇票权利。

前款所称背书连续，是指在票据转让中，转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接。

第三十二条 以背书转让的汇票，后手应当对其直接前手背书的真实性负责。

后手是指在票据签章人之后签章的其他票据债务人。

第三十三条 背书不得附有条件。背书时附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力。

将汇票金额的一部分转让的背书或者将汇票金额分别转让给二人以上的背书无效。

第三十四条 背书人在汇票上记载“不得转让”字样，其后手再背书转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。

第三十五条 背书记载“委托收款”字样的，被背书人有权代背书人行使被委托的汇票权利。但是，被背书人不得再以背书转让汇票权利。

汇票可以设定质押；质押时应当以背书记载“质押”字样。被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。

第三十六条 汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的，不得背书转让；背书转让的，背书人应当承担汇票责任。

第三十八条 承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。

第三十九条 定日付款或者出票后定期付款的汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑。

提示承兑是指持票人向付款人出示汇票，并要求付款人承诺付款的行为。

第四十条 见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起一个月内向付款人提示承兑。

汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。

见票即付的汇票无需提示承兑。

第四十三条 付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑。

第四十四条 付款人承兑汇票后，应当承担到期付款的责任。

第四十五条 汇票的债务可以由保证人承担保证责任。

保证人由汇票债务人以外的他人担当。

第四十七条 保证人在汇票或者粘单上未记载前条第（三）项的，已承兑的汇票，承兑人为被保证人；未承兑的汇票，出票人为被保证人。

保证人在汇票或者粘单上未记载前条第（四）项的，出票日期为保证日期。

第四十八条 保证不得附有条件；附有条件的，不影响对汇票的保证责任。

第五十一条 保证人为二人以上的，保证人之间承担连带责任。

第五十二条 保证人清偿汇票债务后，可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权。

第六十一条 汇票到期被拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权。

汇票到期日前，有下列情形之一的，持票人也可以行使追索权：

（一）汇票被拒绝承兑的；

（二）承兑人或者付款人死亡、逃匿的；

（三）承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。

第六十八条 汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。

持票人可以按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。

持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经进行追索的，对其他汇票债务人仍可以行使追索权。被追索人清偿债务后，与持票人享有同一权利。

第六十九条 持票人为出票人的，对其前手无追索权。持票人为背书人的，对其后手无追索权。

第七十条 持票人行使追索权，可以请求被追索人支付下列金额和费用：

（一）被拒绝付款的汇票金额；

（二）汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；

（三）取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。

被追索人清偿债务时，持票人应当交出汇票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。

第七十一条 被追索人依照前条规定清偿后，可以向其他汇票债务人行使再追索权，请求其他汇票债务人支付下列金额和费用：

（一）已清偿的全部金额；

（二）前项金额自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；

（三）发出通知书的费用。

行使再追索权的被追索人获得清偿时，应当交出汇票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。

## 考点解析

### （一）汇票的出票

#### 1. 绝对必要记载事项

绝对必要记载事项是指必须在票据上完整记载，凡是有欠缺者将不发生票据效力的记载事项。三大票据的绝对记载事项各有不同，一向为考试热点，需要准确识记（第22、72、85条）。三大票据绝对记载事项在以下几个方面是共同的：①表明票据名称的字样；②无条件支付的委托（注意：如果汇票上记载“交付货物后汇票照付”或“资金到达后





付款”等字样的该票据无效。); ③确定的金额(注意:如果票据金额以中文大写和数码同时记载,二者必须一致,二者不一致的,票据无效。); ④出票日期; ⑤出票人签章。

除了上述之外,汇票还记载:付款人名称和收款人名称。

本票只需记载:收款人名称。

支票只需记载:付款人名称。

## 2. 汇票未记载事项的认定

汇票上未记载付款日期的,为见票即付。

汇票上未记载付款地的,付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。

汇票上未记载出票地的,出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

## (二) 汇票的背书转让

### 1. 背书

背书时不能附条件;当背书附条件时,条件本身无效,背书有效。若部分或多头背书时,背书无效。

### 2. 背书连续

背书连续主要是指背书在形式上连续,如果背书在实质上不连续,如有伪造签章等。付款人及其代理付款人付款时,应当审查汇票背书的连续,并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。但该等审查义务仅限于汇票格式是否符合规定,即汇票形式上的审查,而不负责实质上的审查。

在票据上真正签章的人,仍应对被伪造的票据的债权人承担票据责任,票据债权人按票据法的规定提示承兑、提示付款或行使追索权时,在票据上真正签章人不能以伪造为由进行抗辩。

### 3. 禁止背书

(1) 法定禁止背书:汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的,不得背书转让的,背书人应当承担汇票责任。

(2) 任意禁止背书:包括出票人的禁止背书与背书人的禁止背书。

① 对于记载“不得转让”字样的票据,其后手以此票据进行贴现、质押的,通过贴现、质押取得票据的持票人主张票据权利的,人民法院不予支持。

② A 出票给 B, B 向 C 做背书时写有“不得转让”字样,则:

该汇票有效,该背书有效,当 C 被拒绝付款时, C 对 B 行使追索权;若 C 背书转让给 D, 该汇票有效,该背书有效,当 D 被拒绝付款时, D 可对 A 或 C 行使追索权。

原背书人对后手的背书人不承担保证责任。

### 4. 非转让背书

非转让背书指并未发生票据权利的转让。包括委托收款背书、质押背书。

否则,原背书人对后手的被背书人不承担票据责任,但不影响出票人、承兑人以及原背书人之前手的票据责任。

以汇票设定质押时,出质人在汇票上只记载了“质押”字样而未在票据上签章的,或者出质人未在汇票、粘票上记载“质押”字样而另行签订质押合同、质押条款的,不构成票据质押。

## (三) 汇票的承兑

承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。承兑是汇票特有的



一种制度。

### 1. 一般原则

自由承兑原则；完全承兑原则；单纯承兑原则。

### 2. 提示承兑

提示承兑是指汇票的持票人，向汇票上所载的付款人出示汇票，请求其承诺付款的行为。

(1) 期间。见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑。定日付款或者出票后定期付款的汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑。

(2) 法律后果。汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。见票即付的汇票无需提示承兑。

### 3. 承兑的时间及形式

付款人对向其提示承兑的汇票，应当自收到提示承兑的汇票之日起3日内承兑或者拒绝承兑。

付款人承兑汇票的，应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章；见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期。汇票上未记载承兑日期的，以前述规定承兑期限的最后一日为承兑日期。

## (四) 汇票的保证

汇票的保证实质汇票债务人以外的第三人，担保特定的票据债务人能够履行票据债务的票据行为。汇票的债务可以由保证人承担保证责任。保证人由汇票债务人以外的他人担当。

1. 保证人和被保证人之间、共同保证人之间都负连带责任。
2. 保证不得附条件，附有条件的，不影响对汇票的保证责任。
3. 保证人不承担保证责任的具体情形：被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而无效。
4. 承担保证责任的保证人享有代位追索权。

## (五) 汇票的付款

### 1. 提示付款

(1) 见票即付的汇票，自出票日起一个月内向付款人提示付款；

(2) 定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票，自到期日起10日内向承兑人提示付款；

(3) 持票人未按照前款规定期限提示付款的，在作出说明后，承兑人或者付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。

### 2. 付款损失的承担

(1) 未按照规定对提示付款人的合法身份证明或者有效证件以及汇票背书的连续性履行审查义务而错误付款的；

- (2) 公示催告期间对公示催告的票据付款的；
- (3) 收到人民法院的止付通知后付款的；
- (4) 其他以恶意或者重大过失付款的。



## （六）汇票的追索权

### 1. 行使追索权的条件：实质条件与形式条件

汇票到期被拒绝付款；到期日前，汇票被拒绝承兑的，承兑人或付款人死亡、逃匿的、被依法宣告破产的或因违法被责令终止业务活动的。

持票人不能出示拒绝证明、退票理由书或者未按照规定期限提供其他合法证明的，丧失对其前手的追索权。

区分记帐汇票、本票、支票行使追索权的情形：对于本票，由于我国只有银行本票，非自然人，并且都为见票即付，因而，第61条1、2款有关汇票行使追索权的规定，不适用于本票。应改为“再付款提示日之前，出票人被依法宣告破产或者因违法被责令终止业务活动的。”支票的相应规定如同本票，同理！

### 2. 通知

持票人应当自收到被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明之日起3日内，将被拒绝事由书面通知其前手；其前手应当自收到通知之日起3日内书面通知其再前手。持票人也可以同时向各汇票债务人发出书面通知。

如果持票人未按规定期限发出追索通知或其前手收到通知未按规定期限再通知其前手，持票人仍可以行使追索权，因延期通知给其前手或者出票人造成损失的，由没有按照规定期限通知的汇票当事人，承担对该损失的赔偿责任，但是所赔偿的金额以汇票金额为限。

持票人对前手的追索权，在被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起6个月。持票人对前手的再追索权，自清偿日或被提起诉讼之日起3个月。

### 3. 追索的金额

追索的内容：汇票金额 + 利息 + 取得拒绝证明和发出通知书的费用。

再追索的内容：已清偿的全部金额 + 利息 + 发出通知书的费用。

### 4. 追索的对象：出票人、背书人、承兑人和保证人

持票人可以不按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。

持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经进行追索的，对其他汇票债务人仍可以行使追索权。被追索人清偿债务后，与持票人享有同一权利。

## 真题演练

1. (2003-3-17)<sup>①</sup> 乙公司在与甲公司交易中获金额为300万元的汇票一张，付款人为丙公司。乙公司请求承兑时，丙公司在汇票上签注：“承兑。甲公司款到后支付。”下列关于丙公司付款责任的表述哪个是正确的？

- A. 丙公司已经承兑，应承担付款责任
- B. 应视为丙公司拒绝承兑，丙公司不承担付款责任
- C. 甲公司给丙公司付款后，丙公司才承担付款责任
- D. 按甲公司给丙公司付款的多少确定丙公司应承担的付款责任

<sup>①</sup> B。





2. (2009-3-31)<sup>①</sup> 甲公司购买乙公司电脑 20 台, 向乙公司签发金额为 10 万元的商业承兑汇票一张, 丁公司在汇票上签章承诺: “本汇票已经本单位承兑, 到期日无条件付款”。当该汇票的持票人行使付款请求权时, 下列哪一说法是正确的?

A. 如该汇票已背书转让给丙公司, 丙公司恰好欠汇票付款人某银行 10 万元到期贷款, 则银行可以提出抗辩而拒绝付款

B. 如该汇票已背书转让给丙公司, 则甲公司可以乙公司交付的电脑质量存在瑕疵为抗辩理由拒绝向丙公司付款

C. 因该汇票已经丁公司无条件承兑, 故丁公司不可能再以任何理由对持票人提出抗辩

D. 甲公司在签发汇票时可以签注 “以收到货物为付款条件”

3. (2004-3-24)<sup>②</sup> 甲公司于 2004 年 4 月 6 日签发一张汇票给乙公司, 到期日为 2004 年 7 月 6 日。乙公司于 2004 年 5 月 6 日向付款人提示承兑, 被拒绝。乙公司遂将该汇票背书转让给丙公司。乙公司在此汇票上的背书属于什么性质?

A. 回头背书

B. 限制背书

C. 期后背书

D. 附条件背书

4. (2003-3-91~92) 甲股份有限公司经董事会决议, 变更公司章程, 在其营业范围中增加 “制售成衣” 一项, 但尚未向工商行政管理部门办理变更登记手续。董事长刘某未经授权与乙纺织厂签订一项订购布料的合同, 并代表公司签发以某银行为付款人、乙为收款人的汇票一张给乙, 作为定金。乙因欠丙货款, 将该票据背书转让给丙, 丙又背书转让给丁。票据到期后, 丁涂销了乙的背书。请回答以下 89~92 题。

91. <sup>③</sup> 对甲公司董事长刘某代表公司签发的票据的效力, 下列判断中正确的是:

A. 因甲公司尚未办理营业范围的变更登记, 故签发票据的行为无效

B. 因刘某未经授权, 故签发票据的行为无效

C. 因该汇票以支付定金为目的, 故该票据无效

D. 该票据有效

92. <sup>④</sup> 对于丁的涂销行为产生的后果, 下列判断中正确的是:

A. 丁提示付款时, 某银行可以背书不连续而拒绝付款

B. 若丁提示付款而某银行拒付时, 丁可以向乙行使追索权

C. 若丁提示付款而某银行拒付时, 丁可以向丙行使追索权

D. 丁的涂销行为导致该票据无效

5. (2005-3-66)<sup>⑤</sup> 甲、乙签订一份购销合同。甲以由银行承兑的汇票付款, 在汇票的背书栏记载有 “若乙不按期履行交货义务, 则不享有票据权利”, 乙又将此汇票背书转让给丙。下列对该票据有关问题的表述哪些是正确的?

A. 该票据的背书行为为附条件背书, 效力待定

① A。  
② C。  
③ D。  
④ AC。  
⑤ CD。



- B. 乙在未履行交货义务时,不得主张票据权利
- C. 无论乙是否履行交货义务,票据背书转让后,丙取得票据权利
- D. 背书上所附条件不产生汇票上效力,乙无论交货与否均享有票据权利

6. (2008-3-28)<sup>①</sup> 甲公司在交易中取得汇票一张,金额 10 万元,汇票签发人为乙公司,甲公司在承兑时被拒绝。其后,甲公司在一次交易中需支付丙公司 10 万元货款,于是甲公司将该汇票背书转让给丙公司,丙公司承兑时亦被拒绝。下列哪一选项是正确的?

- A. 丙公司有权要求甲公司给付汇票上的金额
- B. 丙公司有权要求甲公司返还交易中的对价
- C. 丙公司有权向乙公司行使追索权要求其给付汇票上的金额
- D. 丙公司应当请求甲公司承担侵权赔偿责任

7. (2003-3-54)<sup>②</sup> 甲公司与乙公司交易中获面额为 100 万元的汇票一张,出票人为乙公司,付款人为丙公司,汇票上有丁、戊两公司的担保签章,其中丁公司担保 80 万元,戊公司担保 20 万元。后丙公司拒绝承兑该汇票。以下判断哪些是正确的?

- A. 甲公司在被拒绝承兑时可以向乙公司追索 100 万元
- B. 甲公司在被拒绝承兑时只能依据与乙公司的交易合同要求乙公司付款
- C. 甲公司只能分别向丁公司追索 80 万元和向戊公司追索 20 万元
- D. 丁公司和戊公司应当向甲公司承担连带责任

8. (2004-3-65)<sup>③</sup> 甲公司在与乙公司交易中获汇票一张,出票人为丙公司,承兑人为丁公司,付款人为戊公司,汇票到期日为 2003 年 11 月 30 日。当下列哪些情况发生时,甲公司可以在汇票到期日前行使追索权?

- A. 乙公司申请注销法人资格
- B. 丙公司被宣告破产
- C. 丁公司被吊销营业执照
- D. 戊公司因违法被责令终止业务活动

## 考点二 本票

### 重点法条

第七十三条 本票是出票人签发的,承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

本法所称本票,是指银行本票。

第七十四条 本票的出票人必须具有支付本票金额的可靠资金来源,并保证支付。

第七十五条 本票出票人的资格由中国人民银行审定,具体管理办法由中国人民银行规定。

- ① A。
- ② AD。
- ③ CD。



第七十六条 本票必须记载下列事项：

- (一) 表明“本票”的字样；
- (二) 无条件支付的承诺；
- (三) 确定的金额；
- (四) 收款人名称；
- (五) 出票日期；
- (六) 出票人签章。

本票上未记载前款规定事项之一的，本票无效。

第七十七条 本票上记载付款地、出票地等事项的，应当清楚、明确。

本票上未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地。

本票上未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

第七十八条 本票的出票人在持票人提示见票时，必须承担付款的责任。

第七十九条 本票自出票日起，付款期限最长不得超过二个月。

第八十条 本票的持票人未按照规定期限提示见票的，丧失对出票人以外的前手的追索权。

第八十一条 本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使，除本章规定外，适用本法第二章有关汇票的规定。

本票的出票行为，除本章规定外，适用本法第二十四条关于汇票的规定。

## 考点解析

### (一) 本票的含义与特征

1. 本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

2. 本票的特征：

(1) 自付票据。本票是由出票人本人对持票人付款，而不是像汇票和支票委托银行付款，所以，也可将本票称为自付证券。

(2) 基本当事人少。本票的基本当事人只有出票人和收款人两人，与汇票和支票相比，在很多情况下少了付款人这个基本当事人，其债权债务关系也相对简单一些。

(3) 无须承兑和保证。本票在很多方面与汇票相似，汇票的背书、保证、付款、追索等法律制度对本票也适用。但是，由于本票由出票人本人付款，并无委托银行付款，所以，本票不必承兑即能保证付款。

### (二) 出票

1. 根据《票据法》第75条的规定，本票的法定记载事项包括：表明“本票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；收款人名称；出票日期；出票人签章。这些是本票的绝对必要记载事项，本票上欠缺任何一项的记载，都会导致本票无效。

2. 相对必要记载事项：本票上未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地；本票上未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

### (三) 付款期限

本票自出票日起，付款期限最长不得超过2个月。

### 考点三 支票

#### 重点法条

第八十二条 支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

第八十四条 支票可以支取现金，也可以转账，用于转账时，应当在支票正面注明。

支票中专门用于支取现金的，可以另行制作现金支票，现金支票只能用于支取现金。

支票中专门用于转账的，可以另行制作转账支票，转账支票只能用于转账，不得支取现金。

第八十五条 支票必须记载下列事项：

- (一) 表明“支票”的字样；
- (二) 无条件支付的委托；
- (三) 确定的金额；
- (四) 付款人名称；
- (五) 出票日期；
- (六) 出票人签章。

支票上未记载前款规定事项之一的，支票无效。

第八十六条 支票上的金额可以由出票人授权补记，未补记前的支票，不得使用。

第八十七条 支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记。

支票上未记载付款地的，付款人的营业场所为付款地。

支票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

出票人可以在支票上记载自己为收款人。

第八十八条 支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额。

出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额的，为空头支票。禁止签发空头支票。

第八十九条 支票的出票人不得签发与其预留本名的签名式样或者印鉴不符的支票。

第九十条 出票人必须按照签发的支票金额承担保证向该持票人付款的责任。

出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在当日足额付款。

第九十一条 支票限于见票即付，不得另行记载付款日期。另行记载付款日期的，该记载无效。

第九十二条 支票的持票人应当自出票日起十日内提示付款；异地使用的支票，其提示付款的期限由中国人民银行另行规定。

超过提示付款期限的，付款人可以不予付款；付款人不予付款的，出票人仍应当对持票人承担票据责任。

第九十三条 付款人依法支付支票金额的，对出票人不再承担受委托付款的责任，对持票人不再承担付款的责任。但是，付款人以恶意或者有重大过失付款的除外。



## （一）支票的含义与特征

### 1. 含义

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

### 2. 支票的特征

- （1）出票人的身份与付款人的身份不重合；
- （2）支票付款人仅限于银行和其他金融机构；
- （3）只有见票即付一种形式；
- （4）支票是一种支付证券。在我国几乎不具有信用融资功能。

## （二）出票

1. 必要记载事项：“支票”字样；无条件支付的委托；确定的金额（可授权补记）；出票日期；出票人签章（必须与在银行预留印鉴的印章和签名式样一致）；付款人名称。

2. 相对应当记载事项：①支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记。出票人可以在支票上记载自己为收款人。②支票上未记载付款地的，付款人的营业场所为付款地。③支票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

3. 禁止签发空头支票。

## （三）付款期限

支票限于见票即付，不得另行记载付款日期。另行记载付款日期的，该记载无效。

## （四）提示付款

支票的持票人应当自出票日起 10 日内提示付款。超过提示付款期限的，付款人可以不予付款；付款人不予付款的，出票人仍应当对持票人承担票据责任。

## （五）消灭时效支票的消灭时效为 6 个月

## 真题演练

（2006-3-73）<sup>①</sup> 甲公司于 2006 年 3 月 2 日签发同城使用的支票 1 张给乙公司，金额为 10 万元人民币，付款人为丁银行。次日，乙公司将支票背书转让给丙公司。2006 年 3 月 17 日，丙公司请求丁银行付款时遭拒绝。丁银行拒绝付款的正当理由有哪些？

- A. 丁银行不是该支票的债务人
- B. 甲公司在丁银行账户上的存款仅有 2 万元人民币
- C. 该支票的债务人应该是甲公司和乙公司
- D. 丙公司未按期提示付款

<sup>①</sup> BD。



# 第九章 《海商法》

## 第三十二讲 海商法的适用范围与船舶物权

### 考点一 适用范围

#### 重点法条

第二条 本法所称海上运输，是指海上货物运输和海上旅客运输，包括海江之间、江海之间的直达运输。

本法第四章海上货物运输合同的规定，不适用于中华人民共和国港口之间的海上货物运输。

第三条 本法所称船舶，是指海船和其他海上移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和 20 总吨以下的小型船艇除外。

前款所称船舶，包括船舶属具。

#### 考点解析

##### 1. 船舶定义

海商法上所称的船舶是指海船和其他海上移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和 20 总吨以下的小型船艇除外。我国实行严格的船舶登记制度。船舶经过登记，才能取得一国国籍，从而取得悬挂一国国旗的权利。根据国际公约，没有悬挂国旗的船舶不能在公海上航行，否则被视为海盗船。

##### 2. 适用范围

海商法的适用范围，一般包括适用船舶、适用水域和适用事项。第 2 条规定了海商法适用的水域，注意除在内河和海洋之间直达运输时内河为适用水域外，其余情况下，内河不为适用水域。重点注意第 2 款的内容。第 3 条规定了海商法适用的船舶。

#### 真题演练

(2006-3-29)<sup>①</sup> 依照我国《海商法》的规定，下列哪项是正确的？

- A. 承运人对集装箱装运的货物的责任期间是从货物装上船起至卸下船止
- B. 上海至广州的货物运输应当适用海商法

---

<sup>①</sup> C。



- C. 天津至韩国釜山的货物运输应当适用海商法  
D. 海商法与民法规定不同时，适用民法的规定

## 考点二 船舶物权

### 重点法条

第七条 船舶所有权，是指船舶所有人依法对其船舶享有占有、使用、收益和处分的权利。

第十一条 船舶抵押权，是指抵押人对于抵押权人提供的作为债务担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。

第十六条 船舶共有人就共有船舶设定抵押权，应当取得持有三分之二以上份额的共有人的同意，共有人之间另有约定的除外。

船舶共有人设定的抵押权，不因船舶的共有权的分割而受影响。

第二十一条 船舶优先权，是指海事请求人依照本法第二十二条的规定，向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。

第二十二条 下列各项海事请求具有船舶优先权：

（一）船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求；

（二）在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求；

（三）船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求；

（四）海难救助的救助款项的给付请求；

（五）船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。

载运2000吨以上的散装货油的船舶，持有有效的证书，证明已经进行油污损害民事责任保险或者具有相应的财务保证的，对其造成的油污损害的赔偿请求，不属于前款第（五）项规定的范围。

第二十三条 本法第二十二条第一款所列各项海事请求，依照顺序受偿。但是，第（四）项海事请求，后于第（一）项至第（三）项发生的，应当先于第（一）项至第（三）项受偿。

本法第二十二条第一款第（一）、（二）、（三）、（五）项中有两个以上海事请求的，不分先后，同时受偿；不足受偿的，按照比例受偿。第（四）项中有两个以上海事请求的，后发生的先受偿。

第二十五条 船舶优先权先于船舶留置权受偿，船舶抵押权后于船舶留置权受偿。

前款所称船舶留置权，是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同时，可以留置所占有的船舶，以保证造船费用或者修船费用得以偿还的权利。船舶留置权在造船人、修船人不再占有所造或者所修的船舶时消灭。

第二十六条 船舶优先权不因船舶所有权的转让而消灭。但是，船舶转让时，船舶优先权自法院应受让人申请予以公告之日起满六十日不行使的除外。

第二十九条 船舶优先权，除本法第二十六条规定的外，因下列原因之一而消灭：





- (一) 具有船舶优先权的海事请求，自优先权产生之日起满一年不行使；
- (二) 船舶经法院强制出售；
- (三) 船舶灭失。

前款第(一)项的一年期限，不得中止或者中断。

## 考点解析

### (一) 船舶所有权

#### 1. 定义

船舶所有权，是指船舶所有人依法对其船舶享有占有、使用、收益和处分的权利。

#### 2. 特点

(1) 船舶所有权的变动，双方需要订立移转所有权的书面合同，如买卖合同、赠与合同等，交付为移转所有权的生效要件，登记为对抗要件。

(2) 船舶由两个以上的法人或者个人共有的，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。

### (二) 船舶抵押权

#### 1. 船舶抵押权适用的规则

(1) 设定采取登记对抗主义，未经登记不得对抗第三人；

(2) 未经抵押权人同意，不得转让；

(3) 从权利属性。抵押权人将被抵押船舶所担保的债权全部或者部分转让他人的，抵押权随之转移；

(4) 设定多个抵押权的，依照登记顺序确定受偿的优先次序；

(5) 追及性。追及到船舶灭失的保险赔偿金；

(6) 以建造中的船舶设定抵押的，应向船舶登记机关提交船舶建造合同，可见对于未建成的船舶也可以设定抵押。

#### 2. 船舶共有人设定抵押的规则

(1) 船舶共有人就共有船舶设定抵押权须持有2/3以上份额的共有人同意，共有人之间另有约定的除外。

(2) 船舶共有人设定的抵押权，不因船舶的共有权的分割而受影响。

#### 3. 船舶、航空器所有权与抵押权的登记采取的是登记公示主义

登记的效力是：未经登记，不得对抗第三人，即未经登记的，并不影响相应权利的成立和生效。只要合同成立生效，即使没有登记，在出卖人和买受人之间、共有人之间、抵押权人与抵押人之间的权利义务关系已经成立生效。船舶、航空器所有权与抵押权的登记效力与《担保法》第41条的规定不同。后者规定登记是合同生效的条件，未经登记，当然也不能对抗第三人。

### (三) 船舶优先权

#### 1. 船舶优先权的法律特征

船舶优先权的法律特征是法定性、追及性、秘密性和优先性。

#### 2. 船舶优先权的请求范围

下列各项海事请求具有船舶优先权：



(1) 船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求；

(2) 在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求；

(3) 船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求；

(4) 海难救助的救助款项的给付请求；

(5) 船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。

载运 2000 吨以上的散装货油的船舶，持有有效的证书，证明已经进行油污损害民事责任保险或者具有相应的财务保证的，对其造成的油污损害的赔偿请求，不属于前款第(5)项规定的范围。

### 3. 船舶优先权的消灭的原因

(1) 超过船舶优先权时效。船舶优先权的时效为 1 年。

(2) 船舶经法院强制出售。

(3) 船舶灭失。

(4) 船舶转让时，船舶优先权自法院受让人申请予以公告之日起满 60 日不行使消灭。

船舶优先权的 1 年时效不适用时效中止和中断的规定。

### 4. 船舶优先权的受偿顺序（这是考试的重点）

掌握第 23 条规定的船舶优先权的受偿顺序，尤其要注意在一些情况下会发生变动：

(1) 上述第 4 项给付请求，后于第 1 项至第 3 项发生的，应先于第 1 项至第 3 项受偿。

(2) 上述第 4 项给付请求中有两个以上的，后发生的给付请求先受偿。但第 1、2、3、5 项给付请求中有两个以上的，则不分先后，同时受偿；不足受偿的，按比例受偿。

因行使船舶优先权产生的诉讼费用，保存、拍卖船舶和分配船舶价款产生的费用，以及为海事请求人的共同利益而支付的其他费用，应当从船舶拍卖所得价款中先行拨付。

### （四）船舶留置权

船舶留置权是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同时，可以留置所占有的船舶，以保证造船费用或者修船费用得以偿还的权利。船舶留置权在造船人、修船人不再占有其所造或者所修的船舶时消灭。船舶留置权是一种法定物权，其主体只限于造船人和修船人。

同一船舶上既有优先权，又有留置权、抵押权的时候，其受偿顺序（先行拨付实现船舶优先权的费用后）依次为：船舶优先权、船舶留置权、船舶抵押权。

### 真题演练

1. (2004-3-33)<sup>①</sup> 甲、乙、丙、丁共有一轮船，甲占该船 70% 份额。现甲欲将该船作抵押向某银行贷款 500 万元。如各共有人事先对此未作约定，则甲的抵押行为：

- A. 无须经任何人同意
- B. 须经乙、丙、丁一致同意
- C. 须经乙、丙、丁中份额最大的一人同意
- D. 须经乙、丙、丁中的两人同意

<sup>①</sup> A。

2. (2006-3-72)<sup>①</sup> 依照我国《海商法》的规定, 附于甲轮上的船舶优先权会因下列哪些原因而消灭?

- A. 甲轮沉没
- B. 甲轮原船东将该船出售给另一船公司
- C. 甲轮被法院强制出售
- D. 请求人在船舶优先权产生之日起满 1 年仍不行使



---

<sup>①</sup> ACD。

## 第三十三讲 海上运输合同、船舶碰撞 与特殊风险

### 考点一 海上货物运输合同

#### 重点法条

第四十一条 海上货物运输合同，是指承运人收取运费，负责将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同。

第四十六条 承运人对集装箱装运的货物的责任期间，是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。承运人对非集装箱装运的货物的责任期间，是指从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。在承运人的责任期间，货物发生灭失或者损坏，除本节另有规定外，承运人应当负赔偿责任。

前款规定，不影响承运人就非集装箱装运的货物，在装船前和卸船后所承担的责任，达成任何协议。

第四十七条 承运人在船舶开航前和开航当时，应当谨慎处理，使船舶处于适航状态，妥善配备船员、装备船舶和配备供应品，并使货舱、冷藏舱、冷气舱和其他载货处所适于并能安全收受、载运和保管货物。

第五十一条 在责任期间货物发生的灭失或者损坏是由于下列原因之一造成的，承运人不负赔偿责任：

（一）船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失；

（二）火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；

（三）天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；

（四）战争或者武装冲突；

（五）政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押；

（六）罢工、停工或者劳动受到限制；

（七）在海上救助或者企图救助人命或者财产；

（八）托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为；

（九）货物的自然特性或者固有缺陷；

（十）货物包装不良或者标志欠缺、不清；

（十一）经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；

（十二）非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。

承运人依照前款规定免除赔偿责任的，除第（二）项规定的原因外，应当负举证责任。



## （一）承运人的责任

### 1. 承运人的四项义务

（1）提供适航船舶：承运人在开航之前和开航当时，适当检查和配备船舶，使船舶适于航行。

（2）管货义务：承运人应当妥善、谨慎地装载、搬移、积载、运输、保管、照料和卸载所运货物。

（3）不得绕航：承运人除救助或企图救助人命、财产的绕航或其他合理绕航外，应按船期装货，按约定或习惯航线航行到目的港把货交收货人、提单受让人或代理人。

（4）签发提单：货物装上船舶后，承运人应托运人的要求签发提单；托运人没有请求，承运人则无须签发提单。

### 2. 责任期间

对集装箱装运的货物的责任期间，是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。

对非集装箱装运的货物的责任期间，是指从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。

### 3. 免责

关于承运人免责情形之规定，非常重要，为司法考试的热点和难点。

（1）船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失；

（2）火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；

（3）天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；

（4）战争或者武装冲突；

（5）政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押；

（6）罢工、停工或者劳动受到限制；

（7）在海上救助或者企图救助人命或者财产；

（8）托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为；

（9）货物的自然特性或者固有缺陷；

（10）货物包装不良或者标志欠缺、不清；

（11）经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；

（12）非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。

承运人依照前款规定免除赔偿责任的，除第（2）项规定的原因外，应当负举证责任。第一项被称为航行过失免责，包括驾驶过失免责和管船过失免责。

## （二）提单

### 1. 提单的种类

提单根据不同的标准有不同的分类：

（1）根据签发时间的不同，可分为已装船提单和收货待运提单。

（2）根据提单中收货人的记载不同，可分为记名提单、不记名提单和指示提单。





(3) 根据对货物表面状况的记载不同,可分为清洁提单和不清洁提单。

## 2. 提单的转让

提单的转让分为三种情形:

- (1) 记名提单:不得转让。
- (2) 指示提单:经过记名背书或者空白背书转让。
- (3) 不记名提单:无须背书,即可转让。

## 3. 提单的签发时间

提单上必须真实记载提单签发日期,提单签发的时间是承运人接受货物或者将货物装上船以后。承运人接收货物以前签发的提单被称为预借提单。如果记载的日期早于实际签发的日期,则被称为倒签提单。签发预借提单和倒签提单都是违法的行为。

### 真题演练

1. (2004-3-66)<sup>①</sup> A公司委托B海运公司运送一批货物,B公司在责任期间对下列哪些损失无须承担赔偿责任?

- A. 因B公司过失迟延交货而造成A公司在商业上的经济损失
- B. 因船长在驾驶船舶中的过失致使货物损坏
- C. 船舶在正常航线上发生意外致使货物灭失
- D. 船舶航行中为救助他船而使货物部分损毁

2. (2005-3-34)<sup>②</sup> 甲公司委托乙海运公司运送一批食品和一台大型设备到欧洲,并约定设备可装载于舱面。甲公司要求乙海运公司即日启航,乙海运公司告知:可以启航,但来不及进行适航检查。随即便启航出海。乙海运公司应对本次航行中产生的哪一项损失承担责任?

- A. 因遭受暴风雨致使装载于舱面的大型设备跌落大海
- B. 因途中救助人命耽误了航行,迟延交货致使甲公司受损
- C. 海运公司的工作人员在卸载货物时因操作不慎,使两箱食品落水
- D. 因船舱螺丝松动,在遭遇暴风雨时货舱进水淹没了2/3的食品

## 考点二 船舶碰撞

### 重点法条

第一百六十五条 船舶碰撞,是指船舶在海上或者与海相通的可航水域发生接触造成损害的事故。

前款所称船舶,包括与本法第三条所指船舶碰撞的任何其他非用于军事的或者政府公务的船艇。

第一百六十七条 船舶发生碰撞,是由于不可抗力或者其他不能归责于任何一方的原因或者无法查明的原因造成的,碰撞各方互相不负赔偿责任。

第一百六十八条 船舶发生碰撞,是由于一船的过失造成的,由有过失的船舶负赔偿责任。

<sup>①</sup> BCD。

<sup>②</sup> D。





第一百六十九条 船舶发生碰撞，碰撞的船舶互有过失的，各船按照过失程度的比例负赔偿责任；过失程度相当或者过失程度的比例无法判定的，平均负赔偿责任。

互有过失的船舶，对碰撞造成的船舶以及船上货物和其他财产的损失，依照前款规定的比例负赔偿责任。碰撞造成第三人财产损失的，各船的赔偿责任均不超过其应当承担的比例。

互有过失的船舶，对造成的第三人的人身伤亡，负连带赔偿责任。一船连带支付的赔偿超过本条第一款规定的比例的，有权向其他有过失的船舶追偿。

第二百六十一条 有关船舶碰撞的请求权，时效期间为二年，自碰撞事故发生之日起计算；本法第一百六十九条第三款规定的追偿请求权，时效期间为一年，自当事人连带支付损害赔偿之日起计算。

第二百七十三条 船舶碰撞的损害赔偿，适用侵权行为地法律。

船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。

同一国籍的船舶，不论碰撞发生于何地，碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。

### 考点解析

#### 1. 含义

船舶碰撞，是指船舶在海上或者与海相通的可航水域发生接触造成损害的事故。除此之外，还包括因操纵不当或者不遵守航行规章，虽然实际上没有同其他船舶发生碰撞，但是使其他船舶以及船上的人员、货物或者其他财产遭受损失的情况。

#### 2. 归责原则

船舶碰撞责任的归责原则是过错责任原则，在三种情形下免责：不可抗力、不能归责于任何一方、无法查明的原因。

混合过错的情况下碰撞引起第三人财产损失与人身伤亡的，承担责任的原则不同。引起财产损失的，碰撞双方承担按份之债；造成第三人人身伤亡的，双方负连带之债。这与第163条中海上拖航双方当事人对第三人的侵权责任不同。

#### 3. 时效

有关船舶碰撞的请求权，时效期间为2年，自碰撞事故发生之日起计算。

#### 4. 法律适用

(1) 船舶碰撞损害赔偿的准据法，原则上适用侵权行为地法（包括侵权行为发生地和侵权结果发生地）；

(2) 公海上发生碰撞的，适用法院地法。

(3) 同一国籍船舶碰撞，专属适用船旗国法。

### 真题演练

1. (2003-1-22)<sup>①</sup> 中国南方某航运公司将其所有的一艘悬挂巴拿马国旗的远洋货轮转让给印度一家航运公司，该船舶所有权的转让应适用下列哪一国法律？

- A. 中国法律
- C. 印度法律

- B. 巴拿马法律
- D. 船舶所在地国法律

<sup>①</sup> B。

2. (2004-1-38)<sup>①</sup> 一艘悬挂巴拿马国旗并由一巴西海运公司经营的海船,运送一批属一家日本公司的货物从日本到中国,在韩国附近海域发生意外。为了安全完成本航程,该海船驶入韩国某港口避难,发生共同海损,后在中国某港口进行理算。该共同海损理算应适用什么法律?

- A. 船旗国法律
- B. 共同海损发生地法律
- C. 巴西的法律
- D. 理算地法律

3. (2004-1-71)<sup>②</sup> 根据我国《海商法》关于船舶物权问题的规定,下列表述哪些是正确的?

- A. 船舶抵押权适用抵押地法律
- B. 船舶优先权适用受理案件的法院所在地法律
- C. 船舶所有权的取得、转让和消灭适用行为地法律
- D. 船舶在光船租赁期间设立船舶抵押权的,适用原船舶登记国法律

4. (2006-3-82)<sup>③</sup> 依照我国《海商法》相关规定,下列哪些诉讼应适用受理案件的法院所在地法律?

- A. 我国法院受理的关于海事赔偿责任限制的诉讼
- B. 我国法院受理的关于船舶优先权的诉讼
- C. 同一国籍的船舶在公海上发生碰撞而在我国法院进行的诉讼
- D. 不同国籍的外国船舶在公海上发生的碰撞而在我国法院进行的诉讼

5. (2007-3-37)<sup>④</sup> 巴拿马籍货轮“安达号”承运一批运往中国的货物,中途停靠韩国。“安达号”在韩国停靠卸载同船装运的其他货物时与利比里亚籍“百利号”相碰。“安达号”受损但能继续航行,并得知“百利号”最后的目的地也是中国港口。“安达号”继续航行至中国港口卸货并在中国某海事法院起诉“百利号”,要求其赔偿碰撞损失。依照我国法律,该法院处理该争议应适用下列哪一国法律?

- A. 中国法律,因为本案两船国籍不同,应适用法院地法处理争议
- B. 巴拿马法律,因为它是本案原告船舶的国籍国
- C. 利比里亚法律,因为它是本案被告船舶的国籍国
- D. 韩国法律,因为韩国是侵权行为地

### 考点三 海难救助

#### 重点法条

第一百七十一条 本章规定适用于在海上或者与海相通的可航水域,对遇险的船舶和其他财产进行的救助。

第一百八十一条 船舶和其他财产的获救价值,是指船舶和其他财产获救后的估计价值或者实际出卖的收入,扣除有关税款和海关、检疫、检验费用以及进行卸载、保管、估

- ① D。
- ② BD。
- ③ ABD。
- ④ D。





价、出卖而产生的费用后的价值。

前款规定的价值不包括船员的获救的私人物品和旅客的获救的自带行李的价值。

第二百六十二条 有关海难救助的请求权，时效期间为二年，自救助作业终止之日起计算。

### 考点解析

#### 1. 含义

海难救助是指在海上或者与海相通的可航水域，对遇险的船舶和其他财产进行的救助。

其构成要件为：

- (1) 存在海上风险；
- (2) 救助的对象包括船舶和海上财产；
- (3) 自愿而为施救行为。

#### 2. 海难救助合同

(1) 海难救助合同是诺成性合同，注意显失公平条款的变更。

(2) 无权获得救助报酬的救助行为。①正常履行拖航合同或者其他服务合同的义务进行救助的，但是，提供不属于履行上述义务的特殊劳务除外；②不顾遇险的船舶的船长、船舶所有人或者其他财产所有人明确的和合理的拒绝，仍然进行救助的。

(3) 由于救助方的过失致使救助作业成为必需或者更加困难的，或者救助方有欺诈或者其他不诚实行为的，应当取消或者减少向救助方支付的救助款项。

(4) 救助报酬的金额，应当由获救的船舶和其他财产的各所有人，按照船舶和其他各项财产各自的获救价值占全部获救价值的比例承担。

(5) 救助方取得报酬权的前提是：效果原则。对获救人员不能请求酬金，但有权从救助船舶或者其他财产、防止或者减少环境污染损害的救助方获得的救助款项中，获得合理的份额。

(6) 同一船舶所有人的船舶之间进行的救助和国家有关主管机关从事或者控制的救助作业，适用海难救助的规定。

### 真题演练

(2003 - 3 - 58)① 一艘油轮在进入我国某海港时因受海浪影响而触礁，部分原油泄漏，我国某救助公司立即对其进行了救助，将其安全拖带到港口并防止了原油的进一步泄漏。关于此次海难救助，下列说法哪些是正确的？

- A. 救助报酬不得超过船舶和其他财产的获救价值
- B. 获救船舶的船舶所有人和船上所载原油的所有人应就救助报酬承担连带责任
- C. 救助费用可作为共同海损费用由利益各方分担
- D. 有关救助报酬的请求权时效期间是2年，自救助作业终止之日起计算

① ACD。

### 重点法条

第一百九十三条 共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。

无论在航程中或者在航程结束后发生的船舶或者货物因迟延所造成的损失，包括船期损失和行市损失以及其他间接损失，均不得列入共同海损。

第一百九十四条 船舶因发生意外、牺牲或者其他特殊情况而损坏时，为了安全完成本航程，驶入避难港口、避难地点或者驶回装货港口、装货地点进行必要的修理，在该港口或者地点额外停留期间所支付的港口费，船员工资、给养，船舶所消耗的燃料、物料，为修理而卸载、贮存、重装或者搬移船上货物、燃料、物料以及其他财产所造成的损失、支付的费用，应当列入共同海损。

第一百九十五条 为代替可以列为共同海损的特殊费用而支付的额外费用，可以作为代替费用列入共同海损；但是，列入共同海损的代替费用的金额，不得超过被代替的共同海损的特殊费用。

第一百九十六条 提出共同海损分摊请求的一方应当负举证责任，证明其损失应当列入共同海损。

### 考点解析

#### 1. 概念

共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。

其构成条件：

- (1) 船舶、货物和其他财产必须遭遇共同危险；
- (2) 为了共同安全；
- (3) 措施必须是有意的和合理的；
- (4) 牺牲和费用必须是直接的、特殊的。

判断某项费用是否属于共同海损，识记第 194 ~ 195 条所罗列的几种费用固然重要，但还是不够，重要的是掌握住共同海损的法律特性，始能以不变应万变。

#### 2. 不属于共同海损的损失项目：

- (1) 船期损失；
- (2) 行市损失；
- (3) 其他间接损失。

3. 共同海损发生后，采取合理措施所引起的共同海损牺牲和支付的共同海损费用，由全体受益方共同分摊。

#### 4. 共同海损的理算

共同海损的理算，适用理算法。有关共同海损分摊的请求权，时效期间为 1 年，自



理算、结束之日起计算。

### 5. 共同海损与单独海损的区别

单独海损是海上风险对营运中的船舶和运输中的货物所造成的直接损失。二者的区别如下：

- (1) 共同海损涉及船、货的共同危险；单独海损只涉及船、货一方的利益。
- (2) 共同海损有人为因素；单独海损多由于偶然的意外事故。
- (3) 共同海损损失由受益各方分担；单独海损由单方承担。

### 真题演练

(2005-3-68)<sup>①</sup>“大鱼”号货轮在航行中遇雷暴天气，船上部分货物失火燃烧，大火蔓延到机舱。船长为灭火，命令船员向舱中灌水。因船舶主机受损，不能继续航行，船长求助拖轮将“大鱼”号拖到避难港。下列哪些损失应列入共同海损？

- A. 为灭火而湿损的货物
- B. 为将“大鱼”号拖至避难港而发生的拖航费用
- C. 失火烧毁的货物
- D. 在避难港发生的港口费

---

<sup>①</sup> ABD。







# 经 济 法

# 第一章 竞争法

## 第一讲 《反不正当竞争法》

### 考点一 不正当竞争行为

#### 重点法条

第五条 经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：

- （一）假冒他人的注册商标；
- （二）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；
- （三）擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；
- （四）在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示。

第八条 经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的，以受贿论处。经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的，必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。

第九条 经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。广告经营者不得在明知或者应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告。

第十条 经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密：

- （一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；
- （二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取权利人的商业秘密；
- （三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。
- （四）第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为商业秘密。本条所称的秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

第十一条 经营者不得以排挤对手为目的，以低于成本的价格销售商品。有下列情形之一的，不属于不正当行为：



- (一) 销售鲜活商品；
- (二) 处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；
- (三) 季节性降价；
- (四) 因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

第十三条 经营者不得从事下列有奖销售：

- (一) 采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；
- (二) 利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；
- (三) 抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五千元。

第十四条 经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

## 考点解析

### (一) 侵犯商业秘密行为

1. 行为主体可以是经营者，也可以是其他人。

2. 商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

商业秘密包括技术信息和经营信息两种。所谓技术信息指的是技术配方、技术诀窍、技术流程等。所谓经营信息应包括与经营有关的重大决策，与自己有往来的客户情况、经营方式、经营目标、经营策略等

商业秘密有3个特征：秘密性、经济实用性和保密性。

所谓“秘密性”，即“不为公众所知悉”，有关信息不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得。但排除6种情况：①该信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；②该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得；③该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露；④该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开；⑤该信息从其他公开渠道可以获得；⑥该信息无须付出一定的代价而容易获得。

所谓“经济实用性”即有关信息具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势。

所谓“保密性”，即权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施：①限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；②对于涉密信息载体采取加锁等防范措施；③在涉密信息的载体上标有保密标志；④对于涉密信息采用密码或者代码等；⑤签订保密协议；⑥对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者或者提出保密要求；⑦确保信息秘密的其他合理措施。

3. 侵犯商业秘密行为分为以下三大类：

- (1) 不正当获取（第1项）；
- (2) 不正当披露、使用、允许他人使用（其中第2项指向侵权行为，第3项指向违约行为）。
- (3) 不正当竞争行为还包括第三人明知或者应知的情形。

4. 认定侵犯商业秘密需要排除的两种行为：

(1) “反向工程”。其是指通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等而获得该产品的有关技术信息。通过自行开发研制或者反向工程等方式获得的商业



秘密，不认定为侵犯商业秘密行为。但是，当事人以不正当手段知悉了他人的商业秘密之后，又以反向工程为由主张获取行为合法的，不予支持。

(2) 商业秘密中的客户名单。一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户。

客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行市场交易，该职工离职后，能够证明客户自愿选择与自己或者其新单位进行市场交易的，应当认定没有采用不正当手段，但职工与原单位另有约定的除外。

5. 举证责任：他人侵犯权利人商业秘密的，权利人应该对其拥有商业秘密符合法定条件，对方当事人信息与其商业秘密相同或者实质相同，以及对方采取了不正当的手段获得商业秘密的事实负举证责任。

## (二) 商业诋毁行为

商业诋毁行为是指经营者故意捏造、散布虚假事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉，为自己取得竞争优势的行为。

1. 构成要件：主体：必须是存在着对抗性竞争关系的经营者，经营者是指从事商品经营或者营利性服务（以下所称商品包括服务）的法人、其他经济组织和个人。

2. 主观方面：主观是过错，不能是过失。

3. 行为方式：必须是通过捏造和散布虚假事实。需要注意的是：如果不是故意捏造、散布虚假的事实，而是采取对比的方式，对产品或服务的客观情况给予描述，即使是通过这种方式使竞争对手的优势明显低于经营者，那么也不能构成商业诋毁行为。

4. 诋毁行为不一定仅仅是针对市场上某一特定竞争对手实施的，可以是某一特定的，也可以是多个特定的，甚至可以是针对市场上所有潜在的不特定竞争对手实施的。

## (三) 商业贿赂行为

1. 行为主体：经营者及其工作人员或特定情形下的国家工作人员。既可以是卖方，也可以是买方。

2. 商业贿赂是经营者客观上出于故意和自愿进行的行为，目的是为了排挤竞争对手。

3. 商业贿赂在客观方面表现为违反国家有关财务、会计及廉政等方面的法律、法规的规定，秘密给付财物中其他报偿，具有很大的隐蔽性。这是该行为的主要判断标准，即主要是看是否采取了秘密暗中账外给予的方式。如果采取秘密不入账的方式，就是商业贿赂。相反，如果双方采取公开明示的方式，并且如实入账，就视为正常的商业往来，视为佣金和回扣。切记！

4. 商业贿赂的形式除了金钱回扣之外，还有提供免费度假、旅游、高档宴席、色情服务、赠送昂贵物品、房屋装修以及解决子女、亲属入学、就业等多种方式。

5. 商业贿赂在后果上侵犯了同业竞争者的公平竞争权，扰乱了社会经济秩序。

## (四) 低价倾销行为

低价倾销行为是指经营者以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品。（持续时间较长，数量较大）。

1. 倾销是指低于成本价销售。倾销的目的是排挤其他竞争对手。

2. 四个低价倾销行为的例外是考试的重点。



## （五）不正当有奖销售行为

1. 行为的主体是经营者，不包括有关机构、团体经政府和政府有关部门批准的有奖募捐和彩票发售活动。

2. 抽奖式的有奖销售，最高奖的金额不得超过 5 000 元。分多次抽奖，是指合计奖金不能超过 5 000 元。以非现金的物品或者其他经济利益作奖励的，按照同期市场同类商品或者服务的正常价格折算其金额。

3. 所称“质次价高”，由工商行政管理机关根据同期市场同类商品的价格、质量和购买者的投诉进行认定，必要时会同有关部门认定。

4. 经营者举办有奖销售，应当向购买者明示其所设奖的種類、中奖概率、奖金金额或者奖品种类、兑奖时间、方式等事项。属于非现场即时开奖的抽奖式有奖销售，告知事项还应当包括开奖的时间、地点、方式和通知中奖者的时间、方式。经营者对已经向公众明示的前款事项不得变更。

5. 在销售现场即时开奖的有奖销售活动，对超过 500 元以上奖的兑奖情况，经营者应当随时向购买者明示。

## （六）引人误解的虚假宣传行为

虚假宣传行为是指经营者利用广告和其他方法，对产品的质量、性能、成分、用途、产地等所作的引人误解的不实宣传。引起社会公众误解的判断标准以明显的夸张方式宣传商品，不足以造成相关公众误解的，不属于引人误解的虚假宣传行为。法院根据日常生活经验，发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素，对引人误解的虚假宣传行为进行认定。

注意虚假广告的责任问题：

1. 广告经营者在明知或者应知的情况下，才对虚假广告负法律责任；（恶意情况下的连带责任。）对广告主，则不论其主观上处于何种状态，都必须对虚假广告负法律责任。（无过错责任原则）

2. 社会团体或者其他组织，在虚假广告中向消费者推荐产品和服务的，使消费者合法权益受到损害的，承担连带责任。

## （七）混淆行为

混淆行为又被称之为欺骗性交易行为。主要考点有：

1. 行为主体必须是从事市场交易活动的经营者，欺骗行为必须是已经或者足以使用户或者消费者误认。

2. 这 5 种行为具体是：假冒他人的注册商标（注意必须是注册商标，但如果不是注册商标，也可以成立欺骗性交易行为，如本条第 2 项的行为）；与知名商品相混淆；擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；伪造、冒用各种质量标志和产地的行为，在商品上对商品质量作引人误解的虚假表示。

### 考点二

## 不正当竞争行为的损害赔偿

### 重点法条

第二十条 经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿



责任,被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权期间因侵权所获得的利润;并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。

被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的,可以向人民法院提起诉讼。

### 考点解析

首先应当以被侵害的经营者的损害为准,在被侵害的经营者损失难以计算的时候,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润。加上调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用支出。

### 真题演练

1. (2005-1-98~100) 某市甲、乙两厂均生产一种“记忆增强器”产品。甲厂产品的质量比乙厂产品好得多,因而其市场占有率远远高于乙厂。王某是甲厂技术人员。乙厂为提高本厂的市场占有率,付给王某一大笔“技术咨询费”,获取其提供的甲厂技术秘密。乙厂运用这些技术对自己的产品进行了改进。同时,乙厂在本市电视台发布广告,声称本厂生产的记忆增强器功效迅速质量可靠,其他厂家生产的同类产品质量无保证,呼吁消费者当心。另外,乙厂还以高额回扣诱使本市几家大型商场的购货人员不再采购甲厂产品。本市消费者李某等人在使用乙厂产品一段时间后,不仅记忆力没有增强,反而出现了神经衰弱症状。李某等人在电视台的协助下,向乙厂反映了情况。乙厂随后发现,王某提供的甲厂技术资料缺少几项关键技术,致使乙厂产品存在质量缺陷。请回答以下 98~100 题。

98. ① 乙厂的下列行为,何者构成不正当竞争?

- A. 向甲公司的工作人员行贿,以获得甲厂的技术秘密
- B. 向本市大型商场的购货人员行贿,使他们只采购本厂产品
- C. 在电视广告中发布使人误解的虚假宣传
- D. 在电视广告中散布虚假事实,损害竞争者的商品信誉

99. ② 对于王某行为的下列表述,何者为正确?

- A. 王某未完整提供甲厂技术资料而获取乙厂重金,构成诈骗罪
- B. 甲厂可以解除与王某的劳动合同,并且无须提前通知王某
- C. 甲厂有权要求王某赔偿损失
- D. 乙厂有权要求王某返还“技术咨询费”

100. ③ 关于消费者李某等人的损害赔偿请求权,下列意见何者为正确?

- A. 有权就其所受损失要求乙厂赔偿
- B. 有权就其所受损失要求本市电视台赔偿
- C. 有权就其所受损失要求销售乙厂产品的商场赔偿
- D. 有权就其所受损失要求王某赔偿

① ABCD。

② BC。

③ AC。





2. (2003 - 1 - 13)① 根据我国《反不正当竞争法》和相关法律的规定,下列哪一种关于诋毁商誉行为的表述是正确的?

A. 新闻单位被经营者唆使对其他经营者从事诋毁商誉行为的,可与经营者构成共同的不正当竞争行为

B. 经营者通过新闻发布会形式发布影响其他同业经营者商誉的信息,只要该信息是真实的,不构成诋毁行为

C. 诋毁行为只能是针对市场上某一特定竞争对手实施的

D. 经营者对其他竞争者进行诋毁,其主观心态既可以是故意,也可以是过失

3. (2008 - 1 - 74)② 甲公司为宣传其“股神”股票交易分析软件,高价聘请记者发表文章,称“股神”软件是“股民心中的神灵”,贬称过去的同类软件“让多少股民欲哭无泪”,并称乙公司的软件“简直是垃圾”。根据《反不正当竞争法》的规定,下列哪些选项是正确的?

A. 只有乙公司才能起诉甲公司的诋毁商誉行为

B. 甲公司的行为只有出于故意才能构成诋毁商誉行为

C. 只有证明记者拿了甲公司的钱财,才能认定其参与诋毁商誉行为

D. 只有证明甲公司捏造和散布了虚假事实,才能认定其构成不正当竞争

4. (2008 - 1 - 73)③ 欣欣公司为了宣传其新开发的保健品,虚构保健品功效,并委托某广告公司设计了“谁吃谁明白”的广告,聘请大腕明星作代言人,邀请某社会团体向消费者推荐,在报刊和电视上高频率地发布引人误解的不实广告。根据《反不正当竞争法》的规定,下列哪些选项是正确的?

A. 欣欣公司不论其主观状态如何,都必须对虚假广告承担法律责任

B. 广告公司只有在明知保健品功效虚假的情况下才承担法律责任

C. 明星代言人即使对厂商造假不知情,只要蒙骗了消费者,就应承担民事责任

D. 社会团体在虚假广告中向消费者推荐商品,应承担民事连带责任

5. (2002 - 1 - 90)④ 经营者以低于成本价销售下列商品的行为,哪些不属于不正当竞争行为?

A. 销售鲜活商品

B. 销售有效期限将到期的商品

C. 销售积压商品

D. 因清偿债务,歇业降价销售商品

6. (2003 - 1 - 15)⑤ 甲欲买“全聚德”牌的快餐包装烤鸭,临上火车前误购了商标不同而外包装十分近似的显著标明名称为“仝聚德”的烤鸭,遂向“全聚德”公司投诉。“全聚德”公司发现,“仝聚德”烤鸭的价格仅为“全聚德”的 1/3。如果“全聚德”起诉“仝聚德”,其纠纷的性质应当是下列哪一种?

A. 诋毁商誉的侵权纠纷

B. 低价倾销的不正当竞争纠纷

C. 欺骗性交易的不正当竞争纠纷

D. 企业名称侵权纠纷

① B。

② BD。

③ AD。

④ ABCD。

⑤ C。

7. (2007-1-22)<sup>①</sup> 根据《反不正当竞争法》的规定,下列哪一行为属于不正当竞争行为中的混淆行为?

- A. 甲厂在其产品说明书中作夸大其词的不实说明
- B. 乙厂的矿泉水使用“清凉”商标,而“清凉矿泉水厂”是本地一知名矿泉水厂的企业名称
- C. 丙商场在有奖销售中把所有的奖券刮奖区都印上“未中奖”字样
- D. 丁酒厂将其在当地评奖会上的获奖证书复印在所有的产品包装上

---

<sup>①</sup> B。



## 第二讲 《反垄断法》

### 考点一 反垄断法的适用

#### 重点法条

第二条 中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。

#### 考点解析

1. 中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法。
2. 中华人民共和国境外的垄断行为，只要对境内市场竞争产生排除、限制影响的，也适用本法。（肯定了我国反垄断的域外适用效力，采用单纯的效果原则。也就是说我国反垄断法不但适用于我国境内的经济活动，只要境外的垄断行为对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。）
3. 此外，注意：1. 此法与知识产权法的关系。经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用本法；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用本法。2. 农产品经营活动中的联合或协同行为不适用本法。农业生产者及农村经济组织在农产品生产、加工、销售、运输、储存等经营活动中实施的联合或者协同行为，不适用本法。

### 考点二 垄断协议

#### 重点法条

第十三条 禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：

- （一）固定或者变更商品价格；
- （二）限制商品的生产数量或者销售数量；
- （三）分割销售市场或者原材料采购市场；
- （四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；
- （五）联合抵制交易；
- （六）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

第十四条 禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：

- （一）固定向第三人转售商品的价格；
- （二）限定向第三人转售商品的最低价格；





(三) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

第十五条 经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定：

(一) 为改进技术、研究开发新产品的；

(二) 为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；

(三) 为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；

(四) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；

(五) 因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；

(六) 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；

(七) 法律和国务院规定的其他情形。属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。

第十六条 行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为。

## 考点解析

### 1. 垄断协议概述及分类

(1) 垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

(2) 垄断协议分为横向的和纵向的垄断协议。

横向的垄断协议，是指处在同一经营阶段的同业竞争者之间的垄断协议。其作为同业竞争者之间的行为，对竞争的危害直接并且严重，所以是本法规制的重点。横向垄断协议简单总结起来可记忆为：联合定价；限制数量；划分市场；限制购买新技术；新设备或者限制开发新技术；新产品联合抵制。

纵向垄断协议是指在同一产业中，但处于不同经济阶段且有买卖关系的企业间所订立的旨在排除和限制其他竞争者的经营活动的协议。如电信设备供应商与电信服务运营商之间达成的限制电信设备转售价格的协议。其对竞争的影响没有横向垄断协议严重，因此，立法只禁止纵向价格垄断协议，对于非价格纵向协议，一般不予禁止。

### 2. 垄断协议豁免

(1) 为改进技术、研究开发新产品的；

(2) 为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；

(3) 为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；

(4) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；

(5) 因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；

(6) 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；

(7) 法律和国务院规定的其他情形。

属于前款第1项至第5项情形，不适用本法第13条、第14条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。

### 3. 行业协会限制竞争行为

行业协会不得组织本行业的经营者从事本法禁止的垄断行为。

### 考点三 滥用市场支配地位

#### 重点法条

第十七条 禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：

- (一) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；
- (二) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；
- (三) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；
- (四) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；
- (五) 没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；
- (六) 没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；
- (七) 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

第十八条 认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：

- (一) 该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- (二) 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- (三) 该经营者的财力和技术条件；
- (四) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- (五) 其他经营者进入相关市场的难易程度；
- (六) 与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

第十九条 有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：

- (一) 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- (二) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；
- (三) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

有前款第二项、第三项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

#### 考点解析

##### (一) 滥用市场支配地位概述

需要注意的是，《反垄断法》是对事，不对人的。市场支配地位本身并不必然受到反垄断法的禁止或者制裁，只有滥用这种市场支配地位，排除和限制竞争，危害其他竞争对手时，才受到规制。

##### (二) 市场支配地位的具体界定

1. 市场支配地位的含义：本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场





能力的市场地位。

2. 认定经营者具有市场支配地位，应当考虑的因素，包括：

- (1) 该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- (2) 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- (3) 该经营者的财力和技术条件；
- (4) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- (5) 其他经营者进入相关市场的难易程度；
- (6) 与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

3. 推定具有市场支配地位的情形，以及推定的例外。

即使在推定的情形下，如果有证据能够证明不具有市场支配地位的，也不认定其具有市场支配地位。

下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：

- (1) 一个经营者在相关市场的市场份额达到  $1/2$  的；
- (2) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到  $2/3$  的；
- (3) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到  $3/4$  的。

有前款第2项、第3项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足  $1/10$  的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。

注意区分第18条和第19条的规定。

### （三）滥用市场支配地位的表现形式

1. 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；
2. 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；
3. 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；
4. 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；
5. 没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；
6. 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

（滥用市场支配地位的行为可简单记忆为：不公平的低买高卖；低价销售；拒绝交易；强制交易；强制搭售、捆绑式销售；差别待遇。）

## 考点四

## 经营者集中

### 重点法条

第二十条 经营者集中是指下列情形：

- （一）经营者合并；
- （二）经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；
- （三）经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。





第二十一条 经营者集中达到国务院规定的申报标准的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中。

第二十二条 经营者集中有下列情形之一的,可以不向国务院反垄断执法机构申报:

(一) 参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产的;

(二) 参与集中的每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

第二十三条 经营者向国务院反垄断执法机构申报集中,应当提交下列文件、资料:

(一) 申报书;

(二) 集中对相关市场竞争状况影响的说明;

(三) 集中协议;

(四) 参与集中的经营者经会计师事务所审计的上一会计年度财务会计报告;

(五) 国务院反垄断执法机构规定的其他文件、资料。

申报书应当载明参与集中的经营者的名称、住所、经营范围、预定实施集中的日期和国务院反垄断执法机构规定的其他事项。

第二十四条 经营者提交的文件、资料不完备的,应当在国务院反垄断执法机构规定的期限内补交文件、资料。经营者逾期未补交文件、资料的,视为未申报。

第二十五条 国务院反垄断执法机构应当自收到经营者提交的符合本法第二十三条规定的文件、资料之日起三十日内,对申报的经营者集中进行初步审查,作出是否实施进一步审查的决定,并书面通知经营者。国务院反垄断执法机构作出决定前,经营者不得实施集中。

国务院反垄断执法机构作出不实施进一步审查的决定或者逾期未作出决定的,经营者可以实施集中。

第二十六条 国务院反垄断执法机构决定实施进一步审查的,应当自决定之日起九十日内审查完毕,作出是否禁止经营者集中的决定,并书面通知经营者。作出禁止经营者集中的决定,应当说明理由。审查期间,经营者不得实施集中。

有下列情形之一的,国务院反垄断执法机构经书面通知经营者,可以延长前款规定的审查期限,但最长不得超过六十日:

(一) 经营者同意延长审查期限的;

(二) 经营者提交的文件、资料不准确,需要进一步核实的;

(三) 经营者申报后有关情况发生重大变化的。

国务院反垄断执法机构逾期未作出决定的,经营者可以实施集中。

第二十七条 审查经营者集中,应当考虑下列因素:

(一) 参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力;

(二) 相关市场的市场集中度;

(三) 经营者集中对市场进入、技术进步的影响;

(四) 经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响;

(五) 经营者集中对国民经济发展的影响;

(六) 国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

第二十八条 经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执



法机构应当作出禁止经营者集中的决定。但是,经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。

第二十九条 对不予禁止的经营者集中,国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。

第三十条 国务院反垄断执法机构应当将禁止经营者集中的决定或者对经营者集中附加限制性条件的决定,及时向社会公布。

第三十一条 对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,除依照本法规定进行经营者集中审查外,还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。

### 考点解析

#### 1. 经营者集中的情形

经营者合并;经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权;经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

#### 2. 经营者集中事先申报,未申报的不得实施集中

事先申报的豁免:

(1) 参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者 50% 以上有表决权的股份或者资产的;

(2) 参与集中的每个经营者 50% 以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

#### 3. 审查经营者集中应当考虑的因素

(1) 参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力;

(2) 相关市场的市场集中度;

(3) 经营者集中对市场进入、技术进步的影响;

(4) 经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响;

(5) 经营者集中对国民经济发展的影响;

(6) 国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

#### 4. 集中的禁止与豁免

经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。但是,经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。

### 考点五 行政垄断

#### 重点法条

第八条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,排除、限制竞争。



第三十二条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。

第三十三条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，实施下列行为，妨碍商品在地区之间的自由流通：

- (一) 对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准，或者规定歧视性价格；
- (二) 对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准，或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施，限制外地商品进入本地市场；
- (三) 采取专门针对外地商品的行政许可，限制外地商品进入本地市场；
- (四) 设置关卡或者采取其他手段，阻碍外地商品进入或者本地商品运出；
- (五) 妨碍商品在地区之间自由流通的其他行为。

第三十四条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，以设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式，排斥或者限制外地经营者参加本地的招标投标活动。

第三十五条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，采取与本地经营者不平等待遇等方式，排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构。

第三十六条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，强制经营者从事本法规定的垄断行为。

第三十七条 行政机关不得滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定。

### 考点解析

#### (一) 主体

1. 行政机关。
2. 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。

#### (二) 行为方式

实施了滥用行政权力，排除和限制竞争的行为。

#### (三) 行政垄断行为

##### 1. 地区封锁

(1) 限制外地商品，妨碍商品自由流通（第33条的规定）。

- ① 对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准，或者规定歧视性价格；
  - ② 对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准，或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施，限制外地商品进入本地市场；
  - ③ 采取专门针对外地商品的行政许可，限制外地商品进入本地市场；
  - ④ 设置关卡或者采取其他手段，阻碍外地商品进入或者本地商品运出；
  - ⑤ 妨碍商品在地区之间自由流通的其他行为。
- (2) 限制外地经营者招投标（第34条的规定）。
- (3) 限制外地经营者投资或设立分支机构（第35条的规定）。

##### 2. 强制经营者从事垄断行为

行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，强制

经营者从事垄断行为。

### 3. 制定排除和限制竞争的垄断规则

行政机关不得滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定。

## 考点六 反垄断执法

### 重点法条

第九条 国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作，履行下列职责：

- (一) 研究拟订有关竞争政策；
- (二) 组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告；
- (三) 制定、发布反垄断指南；
- (四) 协调反垄断行政执法工作；
- (五) 国务院规定的其他职责。

国务院反垄断委员会的组成和工作规则由国务院规定。

第十条 国务院规定的承担反垄断执法职责的机构（以下统称国务院反垄断执法机构）依照本法规定，负责反垄断执法工作。国务院反垄断执法机构根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依照本法规定负责有关反垄断执法工作。

### 考点解析

1. 反垄断委员会的五大职能：研究拟订有关竞争政策；组织调查、评估市场总体竞争状况，并发布评估报告；制定、发布反垄断指南；协调反垄断行政执法工作；国务院规定的其他职责。

2. 要明确反垄断委员会和反垄断执法机构之间的关系：反垄断执法机构负责具体的反垄断行政执法工作。《反垄断法》授权国务院规定具体的反垄断执法机构。根据国务院规定：应由国家工商行政管理总局、国家发展和改革委员会、商务部三部门按职责分工负责反垄断行政执法工作。既然多部门负责同一部法律的执行，就有可能出现尺度不一的问题，无论是定性，还是量罚方面。为了保证执法的统一性，法律规定了专设国务院反垄断委员会负责有关协调工作。同时，在对重大反垄断案件的处理上，当有关部门之间发生重大分歧，需要协调、解决方能保证执法工作顺利进行时，国务院反垄断委员会就可以发挥重要作用了。

### 真题演练

1. (2008-1-72)<sup>①</sup> 滥用行政权力排除、限制竞争的行为，是我国《反垄断法》规制的垄断行为之一。关于这种行为，下列哪些选项是正确的？

- A. 实施这种行为的主体，不限于行政机关
- B. 实施这种行为的主体，不包括中央政府部门

<sup>①</sup> AD。





C. 《反垄断法》对这种行为的规制,限定在商品流通和招投标领域

D. 《反垄断法》对这种行为的规制,主要采用行政责任的方式

2. (2008-1-71)<sup>①</sup> 关于市场支配地位推定制度,下列哪些选项是符合我国《反垄断法》规定的?

A. 经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的,推定为具有市场支配地位

B. 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二,其中有的经营者市场份额不足十分之一的,不应当推定该经营者具有市场支配地位

C. 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三,其中有两个经营者市场份额合计不足五分之一的,不应当推定该两个经营者具有市场支配地位

D. 被推定具有市场支配地位的经营者,有证据证明不具有市场支配地位的,不应当认定其具有市场支配地位

3. (2009-1-24)<sup>②</sup> 对于国务院反垄断委员会的机构定位和工作职责,下列哪一选项是正确的?

A. 是承担反垄断执法职责的法定机构

B. 应当履行协调反垄断行政执法工作的职责

C. 可以授权国务院相关部门负责反垄断执法工作

D. 可以授权省、自治区、直辖市人民政府的相应机构负责反垄断执法工作

4. (2009-1-66)<sup>③</sup> 根据《反垄断法》规定,下列哪些选项不构成垄断协议?

A. 某行业协会组织本行业的企业就防止进口原料时的恶性竞争达成保护性协议

B. 三家大型房地产公司的代表聚会,就商品房价格达成共识,随后一致采取涨价行动

C. 某品牌的奶粉含有毒物质的事实被公布后,数家大型零售公司联合声明拒绝销售该产品

D. 数家大型煤炭企业就采用一种新型矿山安全生产技术达成一致意见

① ABD。

② B。

③ ACD。

## 第二章 消费者权益保护法

### 第三讲 《消费者权益保护法》

#### 考点一 本法的适用范围，消费者的权利和经营者的义务

##### 重点法条

第二条 消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。

第七条 消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。

消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。

第八条 消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。

消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

第九条 消费者享有自主选择商品或者服务的权利。

消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。

消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

第十条 消费者享有公平交易的权利。

消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

第十一条 消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

第十二条 消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。

第十三条 消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。

消费者应当努力掌握所需商品或者服务的知识和使用技能，正确使用商品，提高自我保护意识。

第十四条 消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。

第十五条 消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。





消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为，有权对保护消费者权益工作提出批评、建议。

## 考点解析

### （一）本法的适用范围

《消费者权益保护法》适用于消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的情形。农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照《消费者权益保护法》执行。

1. 消费者是指为生活消费需要购买、使用商品和接受服务的自然人，不包括社会组织、团体和单位。

2. 农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照本法执行。

### （二）消费者九项权利

1. 安全保障权（第7条）；
2. 知悉真情权，又称知情权（第8条）；
3. 自主选择权（第9条）；
4. 公平交易权（第10条）；
5. 获得赔偿权（第11条）；
6. 成立团体权（第12条）；
7. 获取相关知识产权（第13条）；
8. 人格尊严、民族风俗习惯受尊重权（第14条）；
9. 监督、批评、建议、检举、控告权（第15条）。

### （三）经营者的义务

1. 经营者提供安全产品的义务。分解如下：

（1）经营者应当提供符合人身保险、财产安全的要求的商品或服务；

（2）对可能危及人身、财产安全的商品和服务（意指商品或服务本身性质决定其固有地存在危险性），经营者负有警示义务：①向消费者作出真实说明和明确的警示；②说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法；

（3）经营者发现其提供的商品存在严重缺陷（重要特征：即使正确使用商品或接受服务仍可能对人身、财产安全造成危害的），应当立即：①报告有关行政部门；②告知消费者；③采取防止危害发生的措施。

2. 提供真实信息的义务，商店提供商品应该明码标价。

3. 标明真实姓名和标记的义务，租赁他人柜台或场地的经营者，应标明其真实名称和标记。

4. 出具购货凭证或单据的义务。一般情形下，经营者应依法或惯例出具；消费者索要之情形下，经营者必须出具。

5. 三包和双罚：对国家规定或经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品，经营者应当负责修理、更换或退货。

在保修期内两次修理仍不能正常使用的，经营者应当负责更换或退货。

对包修、包换、包退的大件商品，消费者要求经营者修理、更换、退货的，经营者应当承担运输等合理费用。



依法经有关行政部门认定为不合格的商品，消费者要求退货的，经营者应当负责退货。

经营者提供商品或服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或接受服务的费用的1倍。

6. 不得单方作出对消费者不利的规定：不得以格式合同，通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。含有以上内容，内容无效。

例如：店堂告示“商品一经售出概不退换”，“未成年人须由成人陪伴方可入内”。

7. 不得侵犯消费者的人格权。经营者违反此义务的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

8. 邮购经营者承担“合理费用”，预收款经营者承担“利息、合理费用”。

## 考点二 争议的解决

### 重点法条

第三十一条 消费者协会和其他消费者组织是依法成立的对商品和服务进行社会监督的保护消费者合法权益的社会团体。

第三十二条 消费者协会履行下列职能：

- （一）向消费者提供消费信息和咨询服务；
- （二）参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；
- （三）就有关消费者合法权益的问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议；
- （四）受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；
- （五）投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论；
- （六）就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼；
- （七）对损害消费者合法权益的行为，通过大众传播媒介予以揭露、批评。

各级人民政府对消费者协会履行职能应当予以支持。

第三十三条 消费者组织不得从事商品经营和营利性服务，不得以牟利为目的向社会推荐商品和服务。

第三十四条 消费者和经营者发生消费者权益争议的，可以通过下列途径解决：

- （一）与经营者协商和解；
- （二）请求消费者协会调解；
- （三）向有关行政部门申诉；
- （四）根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；
- （五）向人民法院提起诉讼。

第三十六条 消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法权益受到损害，因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

第三十七条 使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。



第三十八条 消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

第三十九条 消费者因经营者利用虚假广告提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。广告经营者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告经营者不得提供经营者的真实名称、地址的，应当承担赔偿责任。

第四十九条 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

## 考点解析

### （一）争议解决途径

争议可以通过下列途径解决：

- （1）与经营者协商和解；
- （2）请求消费者协会调解；
- （3）向有关行政部门申诉；
- （4）根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；
- （5）向人民法院提起诉讼。

消费纠纷的解决方式5种。这5种方式之间没有先后顺序，但仲裁和诉讼的关系要符合《仲裁法》的规定。

### （二）争议解决的特殊规定

#### 1. 合并、分立

向变更后承受其权利和义务的企业要求赔偿。

#### 2. 营业执照持有人与租借人的赔偿责任

使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

营业执照持有人与租借人的赔偿责任。使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

#### 3. 展销会举办者、柜台出租者的特殊责任

消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

#### 4. 虚假广告的广告主与广告经营者的责任

当消费者用虚假广告而购买、使用商品或者接受服务时，若合法权益受到损害，可以向利用虚假广告提供商品或服务的经营者要求赔偿。广告经营者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告经营者不能提供经营者的真实名称、地址的，应当承担赔偿责任。



## 5. 社会团体、社会中介机构的法律责任

### (1) 检验机构及认证机构的法律责任:

① 伪造检验结果或者出具虚假证明时承担行政责任;

② 出具的检验结果或者证明不实,造成损失的,应当承担相应的赔偿责任;造成重大损失的,撤销其检验资格、认证资格;

③ 对不符合认证标准而使用认证标志的产品,未依法要求其改正或者取消其使用认证标志资格的,对因产品不符合认证标准给消费者造成的损失,与产品的生产者、销售者承担连带责任;情节严重的,撤销其认证资格。

(2) 社会团体、社会中介机构对产品质量作出承诺、保证,而该产品又不符合其承诺、保证的质量要求,给消费者造成损失的,与产品的生产者、销售者承担连带责任。

### (三) 消费者组织

1. 消费者组织的性质和形式。消费者组织是社会团体,与行政机关之间不存在隶属关系。消费者组织形式包括消费者协会和其他消费者组织。

2. 消费者协会的职能。注意,消费者协会与著作权集体管理组织的职能不同。消费者无论是否经过授权,对消费者与经营者之间发生的消费纠纷,都不能以自己的名义提起诉讼,应是诉讼第三人而非行政诉讼被告,只能是支持受损害的消费者提起诉讼。

3. 消费者组织的禁止性行为:从事商品经营;从事营利性服务;以牟利为目的推荐商品、服务。

### 真题演练

1. (2007-1-66)<sup>①</sup> 某公司生产销售一款新车,该车在有些新设计上不够成熟,导致部分车辆在驾驶中出现故障,甚至因此造成交通事故。事后,该公司拒绝就故障原因做出说明,也拒绝对受害人提供赔偿。该公司的行为侵犯了消费者的哪些权利?

- A. 安全保障权
- B. 知悉真情权
- C. 公平交易权
- D. 获取赔偿权

2. (2009-1-25)<sup>②</sup> 郭某与10岁的儿子到饭馆用餐,入厕时将手提包留在座位上嘱儿子看管,回来后发现手提包丢失。郭某要求饭馆赔偿被拒绝,遂提起民事诉讼。根据消费者安全保障权,下列哪一说法是正确的?

- A. 饭馆应保障顾客在接受服务时的财产安全,并承担顾客随身物品遗失的风险
- B. 饭馆应保证其提供的饮食服务符合保障人身、财产安全的要求,但并不承担对顾客随身物品的保管义务,也不承担顾客随身物品遗失的风险
- C. 饭馆应对顾客妥善保管随身物品作出明显提示,否则应当对顾客的物品丢失承担赔偿责任
- D. 饭馆应确保其服务环境绝对安全,应当对顾客在饭馆内遭受的一切损失承担赔偿责任

<sup>①</sup> ABD。

<sup>②</sup> B。



3. (2005-1-69)<sup>①</sup> 下列有关消费者组织的提问, 哪些应该给予肯定的回答?

- A. 除了消费者协会以外, 是否可以经过合法程序成立其他的消费者组织?
- B. 有人说, 消费者组织属于工商行政管理局下属的政府机构, 这种说法正确吗?
- C. 消费者协会能够以自己名义代表消费者打官司吗?
- D. 消费者协会能够以自己名义在立法过程中提出建议吗?

4. (2005-1-22)<sup>②</sup> 钟某为其3岁儿子购买某品牌的奶粉, 小孩喝后上吐下泻, 住院7天才恢复健康。钟某之子从此见任何奶类制品都拒食。经鉴定, 该品牌奶粉属劣质品。为此, 钟某欲采取维权行动。钟某亲友们提出的下列建议哪一项缺乏法律依据?

- A. 请媒体曝光, 并要求工商管理机关严肃查处
- B. 向出售该奶粉的商场索赔, 或向生产该奶粉的厂家索赔
- C. 直接提起诉讼, 要求商场赔偿医疗费、护理费、误工费、交通费等
- D. 直接提起仲裁, 要求商场和厂家连带赔偿钟某全家所受的精神损害

5. (2004-1-20)<sup>③</sup> 农民贾某从某种子站购买了五种农作物良种, 正常耕种后有三种农作物分别减产30%、40%和50%。经鉴定, 这三种种子部分属于假良种。对此, 下列哪一选项不正确?

- A. 贾某可以向消费者协会投诉
- B. 贾某只能要求种子站退还购良种款
- C. 贾某可以要求种子站赔偿减产损失
- D. 贾某可以向当地工商局举报要求对种子站进行罚款

6. (2007-1-65)<sup>④</sup> 张某到一美容院作美容, 美容院使用甲厂生产的“水洁”牌护肤液为其做脸部护理, 结果因该护肤液系劣质产品而致张某脸部皮肤严重灼伤, 张某为此去医院治疗, 花去近5000元医药费。关于此事例, 下列哪些选项是正确的?

- A. 张某有权要求美容院赔偿医药费
- B. 张某有权要求甲厂赔偿医药费
- C. 张某若向美容院索赔, 可同时请求精神损害赔偿
- D. 美容院若向张某承担了责任, 则其可以向甲厂追偿

7. (2008-3-63)<sup>⑤</sup> 王某以5万元从甲商店购得标注为明代制品的瓷瓶一件, 放置于家中客厅。李某好奇把玩, 不慎将瓷瓶摔坏。经鉴定, 瓷瓶为赝品, 市场价值为100元, 甲商店系知假卖假。王某下列请求哪些是合法的?

- A. 要求甲商店赔偿10万元
- B. 要求甲商店赔偿5万元
- C. 要求李某赔偿5万元
- D. 要求李某赔偿100元

① AD。  
② D。  
③ B。  
④ ABCD。  
⑤ ABD。



## 第四讲 《产品质量法》

### 考点一 法律的适用范围与产品质量监督检查制度

#### 重点法条

第二条 在中华人民共和国境内从事产品生产、销售活动，必须遵守本法。

本法所称产品是指经过加工、制作，用于销售的产品。

建设工程不适用本法规定；但是，建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，属于前款规定的产品范围的，适用本法规定。

第十三条 可能危及人体健康和人身、财产安全的工业产品，必须符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准；未制定国家标准、行业标准的，必须符合保障人体健康和人身、财产安全的要求。

禁止生产、销售不符合保障人体健康和人身、财产安全的标准和要求的工业产品。具体管理办法由国务院规定。

第十四条 国家根据国际通用的质量管理标准，推行企业质量体系认证制度。企业根据自愿原则可以向国务院产品质量监督部门认可的或者国务院产品质量监督部门授权的部门认可的认证机构申请企业质量体系认证。经认证合格的，由认证机构颁发企业质量体系认证证书。

国家参照国际先进的产品标准和技术要求，推行产品质量认证制度。企业根据自愿原则可以向国务院产品质量监督部门认可的或者国务院产品质量监督部门授权的部门认可的认证机构申请产品质量认证。经认证合格的，由认证机构颁发产品质量认证证书，准许企业在产品或者其包装上使用产品质量认证标志。

第十五条 国家对产品质量实行以抽查为主要方式的监督检查制度，对可能危及人体健康和人身、财产安全的产品，影响国计民生的重要工业产品以及消费者、有关组织反映有质量问题的产品进行抽查。抽查的样品应当在市场上或者企业成品仓库内的待销产品中随机抽取。监督抽查工作由国务院产品质量监督部门规划和组织。县级以上地方产品质量监督部门在本行政区域内也可以组织监督抽查。法律对产品质量的监督检查另有规定的，依照有关法律的规定执行。

国家监督抽查的产品，地方不得另行重复抽查；上级监督抽查的产品，下级不得另行重复抽查。

根据监督抽查的需要，可以对产品进行检验。检验抽取样品的数量不得超过检验的合理需要，并不得向被检查人收取检验费用。监督抽查所需检验费用按照国务院规定列支。

生产者、销售者对抽查检验的结果有异议的，可以自收到检验结果之日起十五日内向实施监督抽查的产品质量监督部门或者其上级产品质量监督部门申请复检，由受理复检的产品质量监督部门作出复检结论。







第十六条 对依法进行的产品质量监督检查，生产者、销售者不得拒绝。

第十七条 依照本法规定进行监督抽查的产品质量不合格的，由实施监督抽查的产品质量监督部门责令其生产者、销售者限期改正。逾期不改正的，由省级以上人民政府产品质量监督部门予以公告；公告后经复查仍不合格的，责令停业，限期整顿；整顿期满后复查产品质量仍不合格的，吊销营业执照。

监督抽查的产品有严重质量问题的，依照本法第五章的有关规定处罚。

## 考点解析

### 1. 法律的适用范围

(1) 本法只适用于我国境内的产品生产、销售活动。

(2) 明确产品必须是用于销售的产品，如果不是用于销售，或者是禁止出售的违禁品，则不属于本法所说的产品。同时也必须是经过加工、制作过的物品。天然、非用于销售的物品不是本法调整的产品。初级农产品不属于产品，但初级农产品经过加工后属于本法所称的产品。

(3) 注意建设工程、军工产品、因核设施、核产品造成损害的赔偿责任不受本法调整。但建设工程使用的材料，配件和设备适用产品质量法，军工企业生产的民用产品也适用本法的规定。

### 2. 国家对产品质量的监督检查制度：

(1) 抽查是监督检查之主要方式（第15条第1款）；

(2) 注意抽查对象是三类产品（第15条第1款）：危及安全的、有关国计民生的、被反映有质量问题的；

(3) 禁止重复抽查（第15条第2款）；

(4) 不得收取检验费用（第15条第3款）；

(5) 复检程序（第15条第4款）；

(6) 了解被监督检查者不得拒绝（第16条）；

(7) 注意公告只能由省级以上政府产品质量监督部门发出（第17条）。

从事产品质量检验、认证的社会中介机构、产品质量监督部门或者其他国家机关以及产品质量检验机构应当禁止从事的行为有：

(1) 这些机构应当禁止从事的与其利益有关的几种行为。

(2) 社会团体、中介机构和认证机构的连带责任以及检验、认证机构检验、证明不实的赔偿责任。

产品质量监督部门和国家机关的两类禁止行为：不得向社会推荐生产者的产品；不得对产品进行监制、监销等方式参与产品经营活动。

## 考点二

## 经营者的产品质量义务及法律责任

### 重点法条

第二十六条 生产者应当对其生产的产品质量负责。

产品质量应符合下列要求：



(一) 不存在危及人身、财产安全的不合理的危险,有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,应当符合该标准;

(二) 具备产品应当具备的使用性能,但是,对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外;

(三) 符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准,符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。

第二十七条 产品或者其包装上的标识必须真实,并符合下列要求:

(一) 有产品质量检验合格证明;

(二) 有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址;

(三) 根据产品的特点和使用要求,需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的,用中文相应予以标明;需要事先让消费者知晓的,应当在外包装上标明,或者预先向消费者提供有关资料;

(四) 限期使用的产品,应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期;

(五) 使用不当,容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品,应当有警示标志或者中文警示说明。

裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品,可以不附加产品标识。

第四十条 售出的产品有下列情形之一的,销售者应当负责修理、更换、退货;给购买产品的消费者造成损失的,销售者应当赔偿损失:

(一) 不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的;

(二) 不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的;

(三) 不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

销售者依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后,属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者(以下简称供货者)的责任的,销售者有权向生产者、供货者追偿。

销售者未按照第一款规定给予修理、更换、退货或者赔偿损失的,由产品质量监督部门或者工商行政管理部门责令改正。

生产者之间,销售者之间,生产者与销售者之间订立的买卖合同、承揽合同有不同约定的,合同当事人按照合同约定执行。

第四十一条 因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产(以下简称他人财产)损害的,生产者应当承担赔偿责任。

生产者能够证明有下列情形之一的,不承担赔偿责任:

(一) 未将产品投入流通的;

(二) 产品投入流通时,引起损害的缺陷尚不存在的;

(三) 将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在。

第四十二条 由于销售者的过错使产品存在缺陷,造成人身、他人财产损害的,销售者应当承担赔偿责任。

销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的,销售者应当承担赔偿责任。



第四十三条 因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任，产品的销售者赔偿的，产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任，产品的生产者赔偿的，产品的生产者有权向产品的销售者追偿。

第四十四条 因产品存在缺陷造成受害人人身伤害的，侵害人应当赔偿医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用；造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；造成受害人死亡的，并应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用。

因产品存在缺陷造成受害人财产损失的，侵害人应当恢复原状或者折价赔偿。受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人应当赔偿损失。

第四十五条 因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为二年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满十年丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。

第四十六条 本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。

## 考点解析

### （一）质量保证义务

1. 默示担保义务。默示担保义务是指法律、法规对产品质量所作的强制性要求，即使当事人之间有合同的约定，也不能免除和限制这种义务。是对产品内在质量的要求。一般表现为不具备产品应当具有的使用性能，而事先未作说明的。

2. 明示担保义务。即生产者、销售者以各种公开的方式，就产品质量向消费者所作的说明或者陈述。这些方式包括：订立合同，体现于产品标识及说明书中，展示实物样品，广告、宣传等。

### （二）产品或其包装上的标识

产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求：

1. 有产品质量检验合格证明；
2. 有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；
3. 根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料；
4. 限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期；
5. 使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明，如烟、酒。

裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。

易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和其



他有特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，依照国家有关规定作出警示标志或者中文警示说明，标明储运注意事项。生产者不得生产国家明令淘汰的产品。

### （三）产品质量责任

1. 产品质量责任分为产品质量违约责任和产品质量侵权责任，这两种责任的具体制度存在较大区别。

（1）第40条规定的产品质量违约责任，是一种合同责任。合同责任必须坚持合同的相对性原则，即合同只约束合同当事人。因此，购买者主张产品质量违约责任的，只能向与其有直接合同关系的销售者主张，而不能直接向生产者或者其他销售者主张。如果属于产品质量不合格，属于生产者或者其他销售者的责任，只能由赔偿后的销售者向其追偿。

（2）第41条至第47条规定的是产品质量侵权责任。产品质量侵权责任不受合同相对性的限制，只要在双方当事人之间存在侵权法律关系，就可以主张产品质量侵权责任。因此，具体制度如下：①求偿主体不仅包括与销售者存在合同关系的直接购买者，而且还包括与销售者不存在合同关系的因该产品质量遭受损害的第三人。如因拾捡遗失物、不当得利等原因而占有产品并因产品质量而受到损害的人。②生产者与销售者承担连带赔偿责任，二者可以是共同被告。③生产者、销售者其中一人或者共同承担责任后，事后查明是谁的责任，最终就由谁承担。如果事后查明不可归责于生产者、销售者，而是可归责于仓储者或者运输者，则前者可以向后者追偿。但是，受害人不能直接请求仓储者或者运输者赔偿。④根据《民通意见》第153条的规定，购买者诉生产者、销售者与生产者、销售者诉仓储者、运输者，可以合并审理，即将仓储者、运输者作为前诉的第三人。

（3）如果购买者因购买的产品质量不合格而受到侵权损害的，则会发生加害给付情形下请求权竞合的现象，根据《合同法》第122条的规定，此时，只能选择其一而主张权利。

2. 生产者产品责任免责的三种情形。生产者对产品缺陷责任的归责原则是严格责任。而销售者承担过错推定责任。

（1）生产者的严格责任。即无论生产者处于什么样的主观心理状态，都应承担赔偿责任。因此，是一种严格责任，但严格责任不同于绝对责任，它仍然是一种有条件的责任，即生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：①未将产品投入流通的；②产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；③将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。

（2）销售者的过错责任。由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。但销售者如果能够证明自己没有过错，则不必承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任。可见，这里的过错是一种推定过错，销售者负有举证责任，否则不能免除赔偿责任。

3. 产品责任最长的期间是10年，这与《民法通则》第137条的20年最长期间不同，但应注意但书的规定。尚未超过明示的安全使用期的除外。

4. 《产品质量法》第45条的特殊时效。《产品质量法》第45条规定的是产品质量侵权责任诉讼时效为2年，这2年不同于《民法通则》第136条第2项的规定，后者仅指“出售质量不合格的商品未声明的”违约之诉的诉讼时效。产品质量诉讼时效最长为10年，或者超过10年明示的安全使用期。

## 真题演练

1. (2004-1-63)<sup>①</sup> 甲从国外低价购得一项未获当地政府批准销售的专利产品“近视治疗仪”。甲将产品样品和技术资料提交给我国 X 市卫生局指定的医疗产品检验机构。该机构未作任何检验,按照甲书写的文稿出具了该产品的检验合格报告。随后,该市退休医师协会的秘书长乙又以该协会的名义出具了该产品的质量证明书。该产品投入市场后,连续造成多起青少年因使用该产品致眼睛严重受损的事件。现除要求追究甲的刑事责任外,受害者还可以采用哪些民事补救方法?

- A. 要求甲承担损害赔偿责任
- B. 要求该卫生局承担连带赔偿责任
- C. 要求该检验机构承担连带赔偿责任
- D. 要求该退休医师协会承担连带赔偿责任

2. (2005-1-4)<sup>②</sup> 陆某在一百货商场购买“幸福”牌电饭煲一台,遗忘在商场门口,被王某拾得。王某拿至家中使用时,因电饭煲漏电发生爆炸,致其面部灼伤。王某向商场索赔,商场以王某不当得利为由不予赔偿。对此事件,下列哪一项表述能够成立?

- A. 王某的损害赔偿请求权应以与致损事件相关的法律规定为根据
- B. 不法取得他人之物者应承担该物所致的损害
- C. 由王某对自己无合法根据占有物品的行为承担损害后果,符合公平原则
- D. 按照风险责任原则,陆某作为缺陷商品的购买者应为王某的损害承担责任

3. (2008-1-25)<sup>③</sup> 关于产品缺陷责任,下列哪一选项符合《产品质量法》的规定?

A. 基于产品缺陷的更换、退货等义务属于合同责任,因产品缺陷致人损害的赔偿义务属于侵权责任

- B. 产品缺陷责任的主体应当与受害者有合同关系
- C. 产品缺陷责任一律适用过错责任原则
- D. 产品质量缺陷责任一律适用举证责任倒置

① ACD。

② A。

③ A。





## 第五讲 《食品安全法》

### 考点一 立法目的和适用范围

#### 重点法条

第一条 为保证食品安全，保障公众身体健康和生命安全，制定本法。

第二条 在中华人民共和国境内从事下列活动，应当遵守本法：

（一）食品生产和加工（以下称食品生产），食品流通和餐饮服务（以下称食品经营）；

（二）食品添加剂的生产经营；

（三）用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂和用于食品生产经营的工具、设备（以下称食品相关产品）的生产经营；

（四）食品生产经营者使用食品添加剂、食品相关产品；

（五）对食品、食品添加剂和食品相关产品的安全管理。

供食用的源于农业的初级产品（以下称食用农产品）的质量安全管理，遵守《中华人民共和国农产品质量安全法》的规定。但是，制定有关食用农产品质量安全管理标准、公布食用农产品安全有关信息，应当遵守本法的有关规定。

第一百零一条 乳品、转基因食品、生猪屠宰、酒类和食盐的食品安全管理，适用本法；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第一百零二条 铁路运营中食品安全的管理办法由国务院卫生行政部门会同国务院有关部门依照本法制定。

军队专用食品和自供食品的食品安全管理办法由中央军事委员会依照本法制定。

#### 考点解析

##### 1. 立法目的

（1）为保证食品安全；

（2）保障公众身体健康和生命安全。

解析：从“卫生”到“安全”，不只是两个字的改变，更是监管观念上的转变，即从注重食品干净、卫生，对食品安全监管的外在为主，转变为深入到食品生产经营的内部进行监管，这个转变的目的就是要解决食品生产经营等环节存在的安全隐患。

##### 2. 适用范围

在我国境内从事下列活动，应当遵守本法：

（1）食品生产和加工（以下称食品生产），食品流通和餐饮服务（以下称食品经营）；

（2）食品添加剂的生产经营；

（3）用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂和用于食品生产经营的工具、设备







(以下称食品相关产品)的生产经营;

(4) 食品生产经营者使用食品添加剂、食品相关产品;

(5) 对食品、食品添加剂和食品相关产品的安全管理。

供食用的源于农业的初级产品(以下称食用农产品)的质量安全管理,遵守《中华人民共和国农产品质量安全法》的规定。但是,制定有关食用农产品的质量安全标准、公布食用农产品安全有关信息,应当遵守本法的有关规定。

特别规定:

(1) 乳品、转基因食品、生猪屠宰、酒类和食盐的食品安全管理,适用本法;法律、行政法规另有规定的,依照其规定。

(2) 铁路运营中食品安全的管理办法由国务院卫生行政部门会同国务院有关部门依照本法制定。

(3) 军队专用食品和自供食品的食品安全管理办法由中央军事委员会依照本法制定。

## 考点二 食品安全风险监测制度

### 重点法条

第十一条 国家建立食品安全风险监测制度,对食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素进行监测。

国务院卫生行政部门会同国务院有关部门制定、实施国家食品安全风险监测计划。省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门根据国家食品安全风险监测计划,结合本行政区域的具体情况,组织制定、实施本行政区域的食品安全风险监测方案。

第十二条 国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门获知有关食品安全风险信息后,应当立即向国务院卫生行政部门通报。国务院卫生行政部门会同有关部门对信息核实后,应当及时调整食品安全风险监测计划。

第十三条 国家建立食品安全风险评估制度,对食品、食品添加剂中生物性、化学性和物理性危害进行风险评估。

国务院卫生行政部门负责组织食品安全风险评估工作,成立由医学、农业、食品、营养等方面的专家组成的食品安全风险评估专家委员会进行食品安全风险评估。对农药、肥料、生长调节剂、兽药、饲料和饲料添加剂等的安全性评估,应当有食品安全风险评估专家委员会的专家参加。

食品安全风险评估应当运用科学方法,根据食品安全风险监测信息、科学数据以及其他有关信息进行。

第十四条 国务院卫生行政部门通过食品安全风险监测或者接到举报发现食品可能存在安全隐患的,应当立即组织进行检验和食品安全风险评估。

第十五条 国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门应当向国务院卫生行政部门提出食品安全风险评估的建议,并提供有关信息和资料。

国务院卫生行政部门应当及时向国务院有关部门通报食品安全风险评估的结果。



第十六条 食品安全风险评估结果是制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据。

食品安全风险评估结果得出食品不安全结论的，国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门应当依据各自职责立即采取相应措施，确保该食品停止生产经营，并告知消费者停止食用；需要制定、修订相关食品安全国家标准的，国务院卫生行政部门应当立即制定、修订。

### 考点解析

食品安全和其他产品安全有共同的地方，也有其自身特殊之处。一旦发生食品安全事故，将造成重大的难以弥补的损失。因此，建立和健全食品安全风险监测和评价制度，防范潜在的食品安全风险是非常重要的。

1. 风险监测的对象：国家建立食品安全风险监测制度，对食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素进行监测。

国务院卫生行政部门会同国务院有关部门制定、实施国家食品安全风险监测计划。省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门根据国家食品安全风险监测计划，结合本行政区域的具体情况，组织制定、实施本行政区域的食品安全风险监测方案。

2. 国家建立食品安全风险评估制度，对食品、食品添加剂中生物性、化学性和物理性危害进行风险评估。食品安全风险评估应当运用科学方法，根据食品安全风险监测信息、科学数据以及其他有关信息进行。

食品安全风险评估结果是制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据。

食品安全风险评估结果得出食品不安全结论的，国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门应当依据各自职责立即采取相应措施，确保该食品停止生产经营，并告知消费者停止食用；需要制定、修订相关食品安全国家标准的，国务院卫生行政部门应当立即制定、修订。

### 考点三 食品安全标准

#### 重点法条

第十八条 制定食品安全标准，应当以保障公众身体健康为宗旨，做到科学合理、安全可靠。

第十九条 食品安全标准是强制执行的标准。除食品安全标准外，不得制定其他的食品强制性标准。

第二十条 食品安全标准应当包括下列内容：

（一）食品、食品相关产品中的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康物质的限量规定；

（二）食品添加剂的品种、使用范围、用量；

（三）专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品的营养成分要求；（四）对与食品安全、营养有关的标签、标识、说明书的要求；



- (五) 食品生产经营过程的卫生要求;
- (六) 与食品安全有关的质量要求;
- (七) 食品检验方法与规程;
- (八) 其他需要制定为食品安全标准的内容。

第二十一条 食品安全国家标准由国务院卫生行政部门负责制定、公布, 国务院标准化行政部门提供国家标准编号。

食品中农药残留、兽药残留的限量规定及其检验方法与规程由国务院卫生行政部门、国务院农业行政部门制定。

屠宰畜、禽的检验规程由国务院有关主管部门会同国务院卫生行政部门制定。

有关产品国家标准涉及食品安全国家标准规定内容的, 应当与食品安全国家标准相一致。

第二十二条 国务院卫生行政部门应当对现行的食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准中强制执行的标准予以整合, 统一公布为食品安全国家标准。

本法规定的食品安全国家标准公布前, 食品生产经营者应当按照现行食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准生产经营食品。

第二十四条 没有食品安全国家标准的, 可以制定食品安全地方标准。

省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门组织制定食品安全地方标准, 应当参照执行本法有关食品安全国家标准制定的规定, 并报国务院卫生行政部门备案。

第二十五条 企业生产的食品没有食品安全国家标准或者地方标准的, 应当制定企业标准, 作为组织生产的依据。国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准。企业标准应当报省级卫生行政部门备案, 在本企业内部适用。

第二十六条 食品安全标准应当供公众免费查阅。

### 考点解析

#### 1. 食品安全标准是强制执行的标准

除食品安全标准外, 不得制定其他的食品强制性标准。因此, 食品安全标准是所有食品标准中唯一具有强制执行效力的标准。

#### 2. 食品安全标准的内容

(1) 食品、食品相关产品中的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康物质的限量规定;

(2) 食品添加剂的品种、使用范围、用量;

(3) 专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品的营养成分要求;

(4) 对与食品安全、营养有关的标签、标识、说明书的要求;

(5) 食品生产经营过程的卫生要求;

(6) 与食品安全有关的质量要求;

(7) 食品检验方法与规程;

(8) 其他需要制定为食品安全标准的内容。

#### 3. 食品安全标准

食品安全标准包括国家标准、地方标准和企业标准。



(1) 食品安全国家标准由国务院卫生行政部门负责制定、公布, 国务院标准化行政部门提供国家标准编号。

(2) 没有食品安全国家标准的, 可以制定食品安全地方标准。

省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门组织制定食品安全地方标准, 应当参照执行本法有关食品安全国家标准制定的规定, 并报国务院卫生行政部门备案。

(3) 企业生产的食品没有食品安全国家标准或者地方标准的, 应当制定企业标准, 作为组织生产的依据。国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准。企业标准应当报省级卫生行政部门备案, 在本企业内部适用。

(4) 食品安全标准应当供公众免费查阅。

#### 4. 食品安全标准的内容

(1) 食品、食品相关产品中的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康物质的限量规定;

(2) 食品添加剂的品种、使用范围、用量;

(3) 专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品的营养成分要求;

(4) 对与食品安全、营养有关的标签、标识、说明书的要求;

(5) 食品生产经营过程的卫生要求;

(6) 与食品安全有关的质量要求;

(7) 食品检验方法与规程;

(8) 其他需要制定为食品安全标准的内容。

#### 5. 食品安全标准的制定

食品安全国家标准由国务院卫生行政部门负责制定、公布, 国务院标准化行政部门提供国家标准编号。

食品中农药残留、兽药残留的限量规定及其检验方法与规程由国务院卫生行政部门、国务院农业行政部门制定。

屠宰畜、禽的检验规程由国务院有关主管部门会同国务院卫生行政部门制定。

有关产品国家标准涉及食品安全国家标准规定内容的, 应当与食品安全国家标准相一致。

国务院卫生行政部门应当对现行的食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准中强制执行的标准予以整合, 统一公布为食品安全国家标准。

食品安全国家标准公布前, 食品生产经营者应当按照现行食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准生产经营食品。

### 考点四 食品生产经营制度

#### 重点法条

第二十九条 国家对食品生产经营实行许可制度。从事食品生产、食品流通、餐饮服务, 应当依法取得食品生产许可、食品流通许可、餐饮服务许可。

取得食品生产许可的食品生产者在其生产场所销售其生产的食品, 不需要取得食品流通的许可; 取得餐饮服务许可的餐饮服务提供者在其餐饮服务场所出售其制作加工的食品



品，不需要取得食品生产和流通的许可；农民个人销售其自产的食用农产品，不需要取得食品流通的许可。

食品生产加工小作坊和食品摊贩从事食品生产经营活动，应当符合本法规定的与其生产经营规模、条件相适应的食品安全要求，保证所生产经营的食品卫生、无毒、无害，有关部门应当对其加强监督管理，具体管理办法由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会依照本法制定。

第三十条 县级以上地方人民政府鼓励食品生产加工小作坊改进生产条件；鼓励食品摊贩进入集中交易市场、店铺等固定场所经营。

第三十四条 食品生产经营者应当建立并执行从业人员健康管理制度。患有痢疾、伤寒、病毒性肝炎等消化道传染病的人员，以及患有活动性肺结核、化脓性或者渗出性皮肤病等有碍食品安全的疾病的人员，不得从事接触直接入口食品的工作。

食品生产经营人员每年应当进行健康检查，取得健康证明后方可参加工作。

第三十六条 食品生产者采购食品原料、食品添加剂、食品相关产品，应当查验供货者的许可证和产品合格证明文件；对无法提供合格证明文件的食品原料，应当依照食品安全标准进行检验；不得采购或者使用不符合食品安全标准的食品原料、食品添加剂、食品相关产品。

食品生产企业应当建立食品原料、食品添加剂、食品相关产品进货查验记录制度，如实记录食品原料、食品添加剂、食品相关产品的名称、规格、数量、供货者名称及联系方式、进货日期等内容。

食品原料、食品添加剂、食品相关产品进货查验记录应当真实，保存期限不得少于二年。

第三十七条 食品生产企业应当建立食品出厂检验记录制度，查验出厂食品的检验合格证和安全状况，并如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期、生产批号、检验合格证号、购货者名称及联系方式、销售日期等内容。

食品出厂检验记录应当真实，保存期限不得少于二年。

第三十八条 食品、食品添加剂和食品相关产品的生产者，应当依照食品安全标准对所生产的食品、食品添加剂和食品相关产品进行检验，检验合格后方可出厂或者销售。

第三十九条 食品经营者采购食品，应当查验供货者的许可证和食品合格的证明文件。

食品经营企业应当建立食品进货查验记录制度，如实记录食品的名称、规格、数量、生产批号、保质期、供货者名称及联系方式、进货日期等内容。

食品进货查验记录应当真实，保存期限不得少于二年。

实行统一配送经营方式的食品经营企业，可以由企业总部统一查验供货者的许可证和食品合格的证明文件，进行食品进货查验记录。

第四十五条 食品添加剂应当在技术上确有必要且经过风险评估证明安全可靠，方可列入允许使用的范围。国务院卫生行政部门应当根据技术必要性和食品安全风险评估结果，及时对食品添加剂的品种、使用范围、用量的标准进行修订。

第四十六条 食品生产者应当依照食品安全标准关于食品添加剂的品种、使用范围、用量的规定使用食品添加剂；不得在食品生产中使用食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康的物质。





第四十七条 食品添加剂应当有标签、说明书和包装。标签、说明书应当载明本法第四十二条第一款第一项至第六项、第八项、第九项规定的事项，以及食品添加剂的使用范围、用量、使用方法，并在标签上载明“食品添加剂”字样。

第四十八条 食品和食品添加剂的标签、说明书，不得含有虚假、夸大的内容，不得涉及疾病预防、治疗功能。生产者对标签、说明书上所载明的内容负责。

食品和食品添加剂的标签、说明书应当清楚、明显，容易辨识。

食品和食品添加剂与其标签、说明书所载明的内容不符的，不得上市销售。

第四十九条 食品经营者应当按照食品标签标示的警示标志、警示说明或者注意事项的要求，销售预包装食品。

第五十条 生产经营的食品中不得添加药品，但是可以添加按照传统既是食品又是中药材的物质。按照传统既是食品又是中药材的物质的目录由国务院卫生行政部门制定、公布。

第五十一条 国家对声称具有特定保健功能的食品实行严格监管。有关监督管理部门应当依法履职，承担责任。具体管理办法由国务院规定。

声称具有特定保健功能的食品不得对人体产生急性、亚急性或者慢性危害，其标签、说明书不得涉及疾病预防、治疗功能，内容必须真实，应当载明适宜人群、不适宜人群、功效成分或者标志性成分及其含量等；产品的功能和成分必须与标签、说明书相一致。

第五十二条 集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者，应当审查入场食品经营者的许可证，明确入场食品经营者的食品安全管理责任，定期对入场食品经营者的经营环境和条件进行检查，发现食品经营者有违反本法规定的行为的，应当及时制止并立即报告所在地县级工商行政管理部门或者食品药品监督管理部门。

集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者未履行前款规定义务，本市场发生食品安全事故的，应当承担连带责任。

第五十三条 国家建立食品召回制度。食品生产者发现其生产的食品不符合食品安全标准，应当立即停止生产，召回已经上市销售的食品，通知相关生产经营者和消费者，并记录召回和通知情况。

食品经营者发现其经营的食品不符合食品安全标准，应当立即停止经营，通知相关生产经营者和消费者，并记录停止经营和通知情况。食品生产者认为应当召回的，应当立即召回。

食品生产者应当对召回的食品采取补救、无害化处理、销毁等措施，并将食品召回和处理情况向县级以上质量监督部门报告。

食品生产经营者未依照本条规定召回或者停止经营不符合食品安全标准的食品的，县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门可以责令其召回或者停止经营。

## 考点解析

### 1. 食品生产许可制度

国家对食品生产经营实行许可制度。从事食品生产、食品流通、餐饮服务，应当依法取得食品生产许可、食品流通许可、餐饮服务许可。

取得食品生产许可的食品生产者在其生产场所销售其生产的食品，不需要取得食品流通的许可；取得餐饮服务许可的餐饮服务提供者在其餐饮服务场所出售其制作加工的食品





品，不需要取得食品生产和流通的许可；农民个人销售其自产的食用农产品，不需要取得食品流通的许可。

食品生产加工小作坊和食品摊贩从事食品生产经营活动，应当符合本法规定的与其生产经营规模、条件相适应的食品安全要求，保证所生产经营的食品卫生、无毒、无害，有关部门应当对其加强监督管理，具体管理办法由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会依照本法制定。

解析：今后，卫生部门不负责发放食品卫生许可证，《食品安全法》实施后，生产企业要到质检部门申领生产许可证；经营企业要到工商部门申领食品流通许可证；从事餐饮业的要到食药监部门申领许可证，也就是一项许可可变成了三项许可。取得食品生产许可的食品生产者在其生产场所销售其生产的食品，不需要取得食品流通的许可；取得餐饮服务许可的餐饮服务提供者在其餐饮服务场所出售其制作加工的食品，不需要取得食品生产和流通的许可；农民个人销售其自产的食用农产品，不需要取得食品流通的许可。

## 2. 食品添加剂的生产实行许可证制度

食品添加剂的使用规范：一是食品添加剂目录是卫生部门组织专家制定的，依据风险评估证明确实是安全的，才能加入到食品中；二是强调技术必要性。也就是说添加剂应对食品的质量、营养等的改善是必要的。

## 3. 食品生产者和经营者的食品生产经营规范

### (1) 生产者规范：

① 采购食品原料、食品添加剂、食品相关产品，应当查验供货者的许可证和产品合格证明文件；对无法提供合格证明文件的食品原料，应当依照食品安全标准进行检验；不得采购或者使用不符合食品安全标准的食品原料、食品添加剂、食品相关产品。

② 食品原料、食品添加剂、食品相关产品进货查验记录应当真实，保存期限不得少于2年。食品生产企业应当建立食品出厂检验记录制度，查验出厂食品的检验合格证和安全状况，并如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期、生产批号、检验合格证号、购货者名称及联系方式、销售日期等内容。

③ 食品出厂检验记录应当真实，保存期限不得少于2年。

### (2) 经营者规范：

① 食品经营者采购食品，应当查验供货者的许可证和食品合格的证明文件。

② 食品经营企业应当建立食品进货查验记录制度，如实记录食品的名称、规格、数量、生产批号、保质期、供货者名称及联系方式、进货日期等内容。

③ 食品进货查验记录应当真实，保存期限不得少于2年。

实行统一配送经营方式的食品经营企业，可以由企业总部统一查验供货者的许可证和食品合格的证明文件，进行食品进货查验记录。

## 4. 保健食品的特殊规定

国家对声称具有特定保健功能的食品实行严格监管。本法对保健食品设定了必须遵守的“硬杠杠”：不得对人体产生急性、亚急性或者慢性危害，其标签、说明书不得涉及疾病预防、治疗功能，内容必须真实，应当载明适宜人群、不适宜人群，功效成分或者标志性成分及其含量等；产品的功能和成分必须与标签、说明书相一致。

## 5. 集中交易市场开办者、柜台出租者和展销会举办者的责任

集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者，应当审查入场食品经营者的许



可证,明确入场食品经营者的食品安全管理责任,定期对入场食品经营者的经营环境和条件进行检查,发现食品经营者有违反本法规定的行为的,应当及时制止并立即报告所在地县级工商行政管理部门或者食品药品监督管理部门。

集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者未履行前款规定义务,本市场发生食品安全事故的,应当承担连带责任。

#### 6. 国家建立食品召回制度

食品生产者发现其生产的食品不符合食品安全标准,应当立即停止生产,召回已经上市销售的食品,通知相关生产经营者和消费者,并记录召回和通知情况。

食品经营者发现其经营的食品不符合食品安全标准,应当立即停止经营,通知相关生产经营者和消费者,并记录停止经营和通知情况。食品生产者认为应当召回的,应当立即召回。

处理方法:食品生产者应当对召回的食品采取补救、无害化处理、销毁等措施,并将食品召回和处理情况向县级以上质量监督部门报告。

责令召回的情形:食品生产经营者未依照本条规定召回或者停止经营不符合食品安全标准的食品的,县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门可以责令其召回或者停止经营。

### 考点五 食品检验制度

#### 考点解析

1. 食品检验实行食品检验机构与检验人负责制。
2. 食品安全监督管理部门对食品不得实施免检。
3. 县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当对食品进行定期或者不定期的抽样检验。进行抽样检验,应当购买抽取的样品,不收取检验费和其他任何费用。

县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门,食品行业协会等组织、消费者需要委托食品检验机构对食品进行检验的,应当委托符合本法规定的食品检验机构进行。

4. 食品生产经营企业可以自行对所生产的食品进行检验,也可以委托符合本法规定的食品检验机构进行检验。

### 考点六 食品进出口管理

#### 考点解析

1. 进口的食品、食品添加剂以及食品相关产品应当符合我国食品安全国家标准。进口的食品应当经出入境检验检疫机构检验合格后,海关凭出入境检验检疫机构签发的通关证明放行。
2. 进口尚无食品安全国家标准的食品,或者首次进口食品添加剂新品种、食品相关

产品新品种，进口商应当向国务院卫生行政部门提出申请并提交相关的安全性评估材料。

3. 向我国境内出口食品的出口商或者代理商应当向国家出入境检验检疫部门备案。

4. 食品进口和销售记录应当真实，保存期限不得少于2年。

5. 国家出入境检验检疫部门应当建立进出口食品的进口商、出口商和出口食品生产企业的信誉记录，并予以公布。

6. 境外发生的食品安全事件可能对我国境内造成影响，或者在进口食品中发现严重食品安全问题的，国家出入境检验检疫部门应当及时采取风险预警或者控制措施，并向国务院卫生行政、农业行政、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门通报。接到通报的部门应当及时采取相应措施。

## 考点七 食品安全事故处置

### 重点法条

第七十条 国务院组织制定国家食品安全事故应急预案。

县级以上地方人民政府应当根据有关法律、法规的规定和上级人民政府的食品安全事故应急预案以及本地区的实际情况，制定本行政区域的食品安全事故应急预案，并报上一级人民政府备案。

食品生产经营企业应当制定食品安全事故处置方案，定期检查本企业各项食品安全防范措施的落实情况，及时消除食品安全事故隐患。

第七十一条 发生食品安全事故的单位应当立即予以处置，防止事故扩大。事故发生单位和接收病人进行治疗的单位应当及时向事故发生地县级卫生行政部门报告。

农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门在日常监督管理中发现食品安全事故，或者接到有关食品安全事故的举报，应当立即向卫生行政部门通报。

发生重大食品安全事故的，接到报告的县级卫生行政部门应当按照规定向本级人民政府和上级人民政府卫生行政部门报告。县级人民政府和上级人民政府卫生行政部门应当按照规定上报。

任何单位或者个人不得对食品安全事故隐瞒、谎报、缓报，不得毁灭有关证据。

第七十二条 县级以上卫生行政部门接到食品安全事故的报告后，应当立即会同有关农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门进行调查处理，并采取下列措施，防止或者减轻社会危害：

（一）开展应急救援工作，对因食品安全事故导致人身伤害的人员，卫生行政部门应当立即组织救治；

（二）封存可能导致食品安全事故的食品及其原料，并立即进行检验；对确认属于被污染的食品及其原料，责令食品生产经营者依照本法第五十三条的规定予以召回、停止经营并销毁；

（三）封存被污染的食品用工具及用具，并责令进行清洗消毒；

（四）做好信息发布工作，依法对食品安全事故及其处理情况进行发布，并对可能产生的危害加以解释、说明。





发生重大食品安全事故的，县级以上人民政府应当立即成立食品安全事故处置指挥机构，启动应急预案，依照前款规定进行处置。

## 考点解析

### （一）食品安全事故的概念

食品安全事故，指食物中毒、食源性疾病、食品污染等源于食品，对人体健康有危害或者可能有危害的事故。

### （二）食品安全事故处置对策

#### 1. 三级应急预案

《食品安全法》要求国务院组织制定国家食品安全事故应急预案。县级以上地方人民政府应当根据有关法律、法规的规定和上级人民政府的食品安全事故应急预案以及本地区的实际情况，制定本行政区域的食品安全事故应急预案，并报上一级人民政府备案。

除了各级政府的应急预案外，《食品安全法》还要求食品生产经营企业制定食品安全事故处置方案。

#### 2. 食品安全事故通报制度

在食品安全事故发生后，为了防止和避免事故的进一步扩大，及时上报和处置，在最短时间内完成信息的畅通。

（1）事故发生单位和治疗单位的通报。事故发生单位和接收病人进行治疗的单位应当及时向事故发生地县级卫生行政部门报告。

（2）政府各部门的通报。农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门在日常监督管理中发现食品安全事故，或者接到有关食品安全事故的举报，应当立即向卫生行政部门通报。

（3）重大食品安全事故的通报。发生重大食品安全事故的，接到报告的县级卫生行政部门应当按照规定向本级人民政府和上级人民政府卫生行政部门报告。县级人民政府和上级人民政府卫生行政部门应当按照规定上报。

#### 3. 调查处理措施

食品安全事故发生之后，各级部门应当迅速反应，根据应急预案和实际情况，展开事故的处理和调查程序。

（1）开展应急救援工作，对因食品安全事故导致人身伤害的人员，卫生行政部门应当立即组织救治；

（2）封存可能导致食品安全事故的食品及其原料，并立即进行检验；对确认属于被污染的食品及其原料，责令食品生产经营者依照《食品安全法》第53条的规定予以召回、停止经营并销毁；

（3）封存被污染的食品用工具及用具，并责令进行清洗消毒；

（4）做好信息发布工作，依法对食品安全事故及其处理情况进行发布，并对可能产生的危害加以解释、说明。

#### 4. 调查的范围和内容

根据调查处理的阶段及重点的不同，可以将其分为两个部分：第一部分为对事故本身的调查和处理，以尽快防止和减轻危害；第二部分是对食品安全事故进行相关其他调查。

重点法条

第七十七条 县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门履行各自食品安全监督管理职责，有权采取下列措施：

- （一）进入生产经营场所实施现场检查；
- （二）对生产经营的食品进行抽样检验；
- （三）查阅、复制有关合同、票据、账簿以及其他有关资料；
- （四）查封、扣押有证据证明不符合食品安全标准的食品，违法使用的食品原料、食品添加剂、食品相关产品，以及用于违法生产经营或者被污染的工具、设备；
- （五）查封违法从事食品生产经营活动的场所。

县级以上农业行政部门应当依照《中华人民共和国农产品质量安全法》规定的职责，对食用农产品进行监督管理。

第七十九条 县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当建立食品生产经营者食品安全信用档案，记录许可颁发、日常监督检查结果、违法行为查处等情况；根据食品安全信用档案的记录，对有不良信用记录的食品生产经营者增加监督检查频次。

考点解析

（一）监管机构

1. 食品安全委员会。此为食品安全法新设置的全国性、综合性的监管机构。该委员会由国务院设立的专门委员会，其工作职责由国务院规定。

2. 其他各类各级监管机构。

在食品安全委员会之外，主要的监管机构可以分为两级：其一是国务院一级的卫生行政部门，质量监督部门、工商行政管理部门和国家食品药品监督管理部门；其二是县级以上各级人民政府及其职能部门。此外，在监督机构以外，食品行业协会、基层群众性组织、其他个人都可以起到对食品生产进行监督、自律的职能。

（二）监管机构的职权

1. 信息统一公布制度

国家建立食品安全信息统一公布制度。信息公布主体是国务院卫生行政部门及其各级人民政府和行政部门。此外，县级以上卫生行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门依据各自职责公布食品安全日常监督管理信息。

2. 日常监督管理

食品安全法主要从以下几个方面对日常的监督管理作出安排：

（1）食品安全年度监督管理计划。县级以上地方人民政府组织本级卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门制定本行政区域的食品安全年度监督管理计划，并按照年度计划组织开展工作。







(2) 各行政部门的日常监管措施。县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门履行各自食品安全监督管理职责,有权采取下列措施:进入生产经营场所实施现场检查;对生产经营的食品进行抽样检验;查阅、复制有关合同、票据、账簿以及其他有关资料;查封、扣押有证据证明不符合食品安全标准的食品,违法使用的食品原料、食品添加剂、食品相关产品,以及用于违法生产经营或者被污染的工具、设备;查封违法从事食品生产经营活动的场所。

### 3. 对咨询、投诉、举报的处理

为加强各行政部门整体协调的功能,避免民众举报无门的现实性问题,《食品安全法》做了明确的规定。

县级以上卫生行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门接到咨询、投诉、举报,对属于本部门职责的,应当受理,并及时进行答复、核实、处理;对不属于本部门职责的,应当书面通知并移交有权处理的部门处理。有权处理的部门应当及时处理,不得推诿。

### 4. 食品安全信用档案

县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当建立食品生产经营者食品安全信用档案,记录许可颁发、日常监督检查结果、违法行为查处等情况;根据食品安全信用档案的记录,对不良信用记录的食品生产经营者增加监督检查频次。

## 考点九 法律责任

### 重点法条

第九十四条 违反本法规定,在广告中对食品质量作虚假宣传,欺骗消费者的,依照《中华人民共和国广告法》的规定给予处罚。

违反本法规定,食品安全监督管理部门或者承担食品检验职责的机构、食品行业协会、消费者协会以广告或者其他形式向消费者推荐食品的,由有关主管部门没收违法所得,依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予记大过、降级或者撤职的处分。

第九十六条 违反本法规定,造成人身、财产或者其他损害的,依法承担赔偿责任。

生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。

第九十七条 违反本法规定,应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金,其财产不足以同时支付时,先承担民事赔偿责任。

### 考点解析

1. 食品广告的内容应当真实合法,不得含有虚假、夸大的内容,不得涉及疾病预防、治疗功能。在广告中对食品质量作虚假宣传,欺骗消费者的,依照《中华人民共和国广告法》的规定给予处罚。

2. 食品安全监督管理部门或者承担食品检验职责的机构、食品行业协会、消费者协会不得以广告或者其他形式向消费者推荐食品,否则,由有关主管部门没收违法所得,依



法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予记大过、降级或者撤职的处分。

3. 社会团体或者其他组织、个人在虚假广告中向消费者推荐食品，使消费者的合法权益受到损害的，与食品生产经营者承担连带责任。

4. 集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者，应当审查入场经营者的许可证，明确入场经营者的食品安全管理责任，定期对入场经营者的经营环境和条件进行检查，发现经营者有违反本法规定的行为的，应当及时制止并立即报告所在地县级工商行政管理部门或者食品药品监督管理部门。

集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者未履行前款规定义务，本市场发生食品安全事故的，应当承担连带责任

5. 消费者遭受损害：生产经营者得先赔。在发生食品安全事故的时候，非法生产、销售的企业首先要先承担民事责任，使受害的消费者优先得到赔偿。对于企业生产或销售不符合食品安全标准的食品，不管其行为是否对消费者造成了损害，消费者除了要求一般性的赔偿外，还可以要求其支付价款10倍的赔偿金，这种惩罚性的赔偿责任也是该法的一个亮点。



# 第三章 银行业法

## 第六讲 《商业银行法》

### 考点一 商业银行概述

#### 重点法条

第二条 本法所称的商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。

第三条 商业银行可以经营下列部分或者全部业务：

- （一）吸收公众存款；
- （二）发放短期、中期和长期贷款；
- （三）办理国内外结算；
- （四）办理票据贴现；
- （五）发行金融债券；
- （六）代理发行、代理兑付、承销政府债券；
- （七）买卖政府债券；
- （八）从事同业拆借；
- （九）买卖、代理买卖外汇；
- （十）提供信用证服务及担保；
- （十一）代理收付款项及代理保险业务；
- （十二）提供保管箱服务；
- （十三）经中国人民银行批准的其他业务。

经营范围由商业银行章程规定，报国务院银行业监督管理机构批准。

商业银行经中国人民银行批准，可以经营结汇、售汇业务。

第四条 商业银行以效益性、安全性、流动性为经营原则，实行自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束。

商业银行依法开展业务，不受任何单位和个人的干涉。

商业银行以其全部法人财产独立承担民事责任。

第十一条 设立商业银行，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。

未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业



银行业务，任何单位不得在名称中使用“银行”字样。

第十二条 设立商业银行，应当具备下列条件：

- (一) 有符合本法和《中华人民共和国公司法》规定的章程；
- (二) 有符合本法规定的注册资本最低限额；
- (三) 有具备任职专业知识和业务工作经验的董事长（行长）、总经理和其他高级管理人员；
- (四) 有健全的组织机构和管理制度；
- (五) 有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。

设立商业银行，还应当符合其他审慎性条件。

第十三条 设立全国性商业银行的注册资本最低限额为十亿元人民币。设立城市商业银行的注册资本最低限额为一亿元人民币，设立农村商业银行的注册资本最低限额为五亿元人民币。注册资本应当是实缴资本。

国务院银行业监督管理机构根据审慎监管的要求可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额。

### 考点解析

1. 商业银行的主要业务。主要业务是吸收存款，发放贷款，办理结算。存贷业务是其传统业务，属于表内业务，即列入资产负债表的业务。商业银行的业务按照资金的来源和用途可以归纳为三类：①负债业务：组织资金来源的业务，如存款；②资产业务：运用资金的业务，如发放贷款、对外投资；③中间业务：不运用自有资金，代理客户承办委托事项收取手续费的业务。如结算。

2. 商业银行是依据两部法律设立的，依据特别法优先于一般法，优先按照《商业银行法》的规定，在此法没有规定的情形下，即适用《公司法》的相关规定。

3. 商业银行的经营原则。商业银行的三大经营原则：效益性、安全性、流动性。商业银行作为自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束的独立法人，盈利是其首要目的。但是，效益以资产的安全性和流动性为前提。安全性又集中体现在流动性方面，而流动性则以效益性为物质基础。商业银行在经营过程中，必须有效地在三者之间寻求有效的平衡。

4. 商业银行的注册资本要求。设立全国性商业银行的注册资本最低限额为 10 亿元人民币。设立城市商业银行的注册资本最低限额为 1 亿元人民币，设立农村商业银行的注册资本最低限额为 5000 万元人民币。注册资本应当是实缴资本。

国务院银行业监督管理机构根据审慎监管的要求可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额。

## 考点二 贷款法律制度

### 重点法条

第三十五条 商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。



商业银行贷款，应当实行审贷分离、分级审批的制度。

第三十六条 商业银行贷款，借款人应当提供担保。商业银行应当对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。

经商业银行审查、评估，确认借款人资信良好，确能偿还贷款的，可以不提供担保。

第三十七条 商业银行贷款，应当与借款人订立书面合同。合同应当约定贷款种类、借款用途、金额、利率、还款期限、还款方式、违约责任和双方认为需要约定的其他事项。

第三十八条 商业银行应按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限，确定贷款利率。

第三十九条 商业银行贷款，应当遵守下列资产负债比例管理的规定：

- (一) 资本充足率不得低于百分之八；
- (二) 贷款余额与存款余额的比例不得超过百分之七十五；
- (三) 流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于百分之二十五；
- (四) 对同一借款人的贷款余额与商业银行资本余额的比例不得超过百分之十；
- (五) 国务院银行业监督管理机构对资产负债比例管理的其他规定。

本法施行前设立的商业银行，在本法施行后，其资产负债比例不符合前款规定的，应当在一定的期限内符合前款规定。具体办法由国务院规定。

第四十条 商业银行不得向关系人发放信用贷款；向关系人发放担保贷款的条件不得优于其他借款人同类贷款的条件。

前款所称关系人是指：

- (一) 商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属；
- (二) 前项所列人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织。

第四十二条 借款人应当按期归还贷款的本金和利息。

借款人到期不归还担保贷款的，商业银行依法享有要求保证人归还贷款本金和利息或者就该担保物优先受偿的权利。商业银行因行使抵押权、质权而取得的不动产或者股权，应当自取得之日起2年内予以处分。

借款人到期不归还信用贷款的，应当按照合同约定承担责任。

### 考点解析

贷款业务的基本规定：

1. 以发放担保贷款是基本原则，信用贷款为例外。不得向关系人发放信用贷款。向关系人发放担保贷款的条件不得优于其他借款人同类贷款的条件。

关系人是指：①商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属；②前项所列人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织。

2. 实行审贷分离、分级审批的制度。

3. 按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限，确定贷款利率。发放贷款或者提供担保具有独立性。

4. 应当与借款人订立书面合同。

5. 应当遵守资产负债比例管理的规定。

(1) 资本充足率不得低于8%；



- (2) 贷款余额与存款余额的比例不得超过 75%；
- (3) 流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于 25%；
- (4) 对同一借款人的贷款余额与商业银行资本余额比例不得超过 10%；
- (5) 国务院银行业监督管理机构对资产负债比例管理的其他规定。

6. 强令商业银行发放贷款或者提供担保行为的禁止。

7. 借款人应当按期归还贷款的本金和利息。借款人到期不归还担保贷款的，商业银行依法享有要求保证人归还贷款本金和利息或者就该担保物优先受偿的权利。商业银行因行使抵押权、质权而取得的不动产或者股权，应当自取得之日起 2 年内予以处分。借款人到期不归还信用贷款的，应当按照合同约定承担责任。

### 考点三 商业银行的业务管理

#### 重点法条

第十九条 商业银行根据业务需要可以在中华人民共和国境内外设立分支机构。设立分支机构必须经国务院银行业监督管理机构审查批准。在中华人民共和国境内的分支机构，不按行政区划设立。

商业银行在中华人民共和国境内设立分支机构，应当按照规定拨付与其经营规模相适应的营运资金额。拨付各分支机构营运资金额的总和，不得超过总行资本金总额的百分之六十。

第二十一条 经批准设立的商业银行分支机构，由国务院银行业监督管理机构颁发经营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。

第二十二条 商业银行对其分支机构实行全行统一核算，统一调度资金，分级管理的财务制度。

商业银行分支机构不具有法人资格，在总行授权范围内依法开展业务，其民事责任由总行承担。

第二十三条 经批准设立的商业银行及其分支机构，由国务院银行业监督管理机构予以公告。

商业银行及其分支机构自取得营业执照之日起无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上的，由国务院银行业监督管理机构吊销其经营许可证，并予以公告。

第二十四条 商业银行有下列变更事项之一的，应当经国务院银行业监督管理机构批准：

- (一) 变更名称；
- (二) 变更注册资本；
- (三) 变更总行或者分支行所在地；
- (四) 调整业务范围；
- (五) 变更持有资本总额或者股份总额百分之五以上的股东；
- (六) 修改章程；
- (七) 国务院银行业监督管理机构规定的其他变更事项。



更换董事、高级管理人员时，应当报经国务院银行业监督管理机构审查其任职资格。

第二十五条 商业银行的分立、合并，适用《中华人民共和国公司法》的规定。

商业银行的分立、合并，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。

第二十七条 有下列情形之一的，不得担任商业银行的高级管理人员：

（一）因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利的；

（二）担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，并对该公司、企业的破产负有个人责任的；

（三）担任因违法被吊销营业执照的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的；

（四）个人所负数额较大的债务到期未清偿的。

第二十八条 任何单位和个人购买商业银行股份总额百分之五以上的，应当事先经国务院银行业监督管理机构批准。

第二十九条 商业银行办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。

对个人储蓄存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外。

第三十条 对单位存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询，但法律、行政法规另有规定的除外；有权拒绝任何单位或者个人冻结、扣划，但法律另有规定的除外。

第四十六条 同业拆借，应当遵守中国人民银行的规定。禁止利用拆入资金发放固定资产贷款或者用于投资。

拆出资金限于交足存款准备金、留足备付金和归还中国人民银行到期贷款之后的闲置资金。拆入资金用于弥补票据结算、联行汇差头寸的不足和解决临时性周转资金的需要。

第四十七条 商业银行不得违反规定提高或者降低利率以及采用其他不正当手段，吸收存款，发放贷款。

### 考点解析

#### 1. 商业银行的分支机构：

（1）商业银行分支机构的法律地位：不具有法人资格，民事责任由总行承担。但根据《民通意见》的规定，商业银行分支机构可以作为民事诉讼的当事人。

（2）分支机构不按行政区划设立，但应经国务院银行业监督管理机构审查批准。商业银行对其分支机构实行全行统一核算，统一调度资金，分级管理的财务制度。拨付各分支机构营运资金额的总和，不得超过总行资本金总额的60%。

（3）经批准设立的商业银行及其分支机构，由国务院银行业监督管理机构予以公告。

商业银行及其分支机构自取得营业执照之日起无正当理由超过6个月未开业的，或者开业后自行停业连续6个月以上的，由国务院银行业监督管理机构吊销其经营许可证，并予以公告。

#### 2. 对存款人保护的规定：

对个人储蓄存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外。



对单位存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询，但法律、行政法规另有规定的除外；有权拒绝任何单位或者个人冻结、扣划，但法律另有规定的除外（注意：以上两点的差异）。

3. 任何单位和个人购买商业银行股份总额5%以上的，应当事先经国务院银行业监督管理机构批准。

4. 同业拆借的基本规则。同业拆借是指进入全国银行间同业拆借市场的金融机构之间的无担保资金融通行为。

拆出资金限于交足存款准备金、留足备付金和归还中国人民银行到期贷款之后的闲置资金。

拆入资金用于弥补票据结算、联行汇差头寸的不足和解决临时性周转资金的需要。

注意：拆入金不能发放固定资产贷款或者投资，只能用于弥补票据结算、联行汇差头寸的不足和解决临时性周转资金的需要；拆出资金只限于闲置资金。

## 考点四 商业银行接管和终止

### 重点法条

第六十四条 商业银行已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人的利益时，国务院银行业监督管理机构可以对该银行实行接管。

接管的目的是对被接管的商业银行采取必要措施，以保护存款人的利益，恢复商业银行的正常经营能力。被接管的商业银行的债权债务关系不因接管而变化。

第六十五条 接管由国务院银行业监督管理机构决定，并组织实施。国务院银行业监督管理机构的接管决定应当载明下列内容：

- （一）被接管的商业银行名称；
- （二）接管理由；
- （三）接管组织；
- （四）接管期限。

接管决定由国务院银行业监督管理机构予以公告。

第六十六条 接管自接管决定实施之日起开始。

自接管开始之日起，由接管组织行使商业银行的经营管理权力。

第六十七条 接管期限届满，国务院银行业监督管理机构可以决定延期，但接管期限最长不得超过二年。

第六十八条 有下列情形之一的，接管终止：

- （一）接管决定规定的期限届满或者时，国务院银行业监督管理机构决定的接管延期届满；
- （二）接管期限届满前，该商业银行已恢复正常经营能力；
- （三）接管期限届满前，该商业银行被合并或者被依法宣告破产。

第六十九条 商业银行因分立、合并或者出现公司章程规定的解散事由需要解散的，应当向国务院银行业监督管理机构提出申请，并附解散的理由和支付存款的本金和利息等债务清偿计划。经国务院银行业监督管理机构批准后解散。





商业银行解散的，应当依法成立清算组，进行清算，按照清偿计划及时偿还存款本金和利息等债务，国务院银行业监督管理机构监督清算过程。

第七十条 商业银行因吊销经营许可证被撤销的，国务院银行业监督管理机构应当依法及时组织成立清算组，进行清算，按照清偿计划及时偿还存款本金和利息等债务。

第七十一条 商业银行不能支付到期债务，经国务院银行业监督管理机构同意，由人民法院依法宣告其破产。商业银行被宣告破产的，由人民法院组织国务院银行业监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算。

商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。

第七十二条 商业银行因解散、被撤销和被宣告破产而终止。

### 考点解析

1. 接管原因：商业银行已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人的利益时，银行监管机构可以对该银行实行接管。

2. 接管目的：是对被接管的商业银行采取必要措施，以保护存款人的利益，恢复商业银行的正常经营能力。被接管的商业银行的债权债务关系不因接管而变化。

3. 接管决定应当载明下列内容：

- (1) 被接管的商业银行名称；
- (2) 接管理由；
- (3) 接管组织；
- (4) 接管期限。

4. 接管自接管决定实施之日起开始。自接管开始之日起，由接管组织行使商业银行的经营管理权力。但被接管人的法律主体资格并不因接管而丧失。

接管期限届满，银行监管机构可以决定延期，但接管期限最长不得超过2年。（注意：不管延长与否，总共不能超过2年。）

5. 接管的终止：

- (1) 接管决定规定的期限届满或者中国人民银行决定的接管延期届满；
- (2) 接管期限届满前，该商业银行已恢复正常经营能力；
- (3) 接管期限届满前，该商业银行被合并或者被依法宣告破产。

6. 商业银行的中止：商业银行因解散、被撤销和被宣告破产而终止。

解散：商业银行因分立、合并或者出现公司章程规定的解散事由需要解散的，应当向国务院银行业监督管理机构提出申请，并附解散的理由和支付存款的本金和利息等债务清偿计划。经国务院银行业监督管理机构批准后解散。

商业银行解散的，应当依法成立清算组，进行清算，按照清偿计划及时偿还存款本金和利息等债务，国务院银行业监督管理机构监督清算过程。

撤销：商业银行因吊销经营许可证被撤销的，国务院银行业监督管理机构应当依法及时组织成立清算组，进行清算，按照清偿计划及时偿还存款本金和利息等债务。

破产：商业银行不能支付到期债务，经银行业监管机构同意，由人民法院依法宣告其破产。商业银行被宣告破产的，由人民法院组织银行业监管机构等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算。

商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。（注意：接管不是破产的必经程序，注意清偿顺序。）

### 真题演练

1. (2003 - 1 - 52)<sup>①</sup> 商业银行出现信用危机严重影响存款人利益时，可由中央银行对其实行接管。下列有关商业银行接管的表述，哪些符合我国现行法律的规定？

- A. 非经接管程序，商业银行不得解散或破产
- B. 实行接管后，商业银行的债权债务由接管组织概括承受
- C. 接管的期限最长不超过 2 年
- D. 自接管之日起，由接管组织行使商业银行的经营管理权力

2. (2006 - 1 - 27)<sup>②</sup> 根据《商业银行法》的规定，商业银行不得向关系人发放信用贷款。下列哪一类人属于该规定所指的关系人？

- A. 商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属
- B. 与商业银行有业务往来的非银行金融机构的董事、监事和高级管理人员
- C. 商业银行的上级主管部门的负责人及其近亲属
- D. 商业银行的客户企业的董事、监事和高级管理人员

3. (2008 - 1 - 23)<sup>③</sup> 关于商业银行贷款法律制度，下列哪一选项是错误的？

- A. 商业银行贷款应当实行审贷分离、分级审批的制度
- B. 商业银行可以根据贷款数额以及贷款期限，自行确定贷款利率
- C. 商业银行贷款，应当遵守资本充足率不得低于百分之八的规定
- D. 商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查

4. (2005 - 1 - 27)<sup>④</sup> 根据《中华人民共和国商业银行法》的规定，商业银行破产清算时的财产分配适用下列哪一种顺序？

- A. 清算费用，所欠职工工资和劳动保险费用，个人储蓄存款的本金和利息
- B. 清算费用，个人储蓄存款的本金和利息，所欠职工工资和劳动保险费用
- C. 个人储蓄存款的本金和利息，清算费用，所欠职工工资和劳动保险费用
- D. 所欠职工工资和劳动保险费用，清算费用，个人储蓄存款的本金和利息

5. (2006 - 1 - 73)<sup>⑤</sup> 与《企业破产法》的规定相比较，《商业银行法》对商业银行破产的规定有哪些特殊之处？

- A. 仅以不能清偿到期债务为破产原因
- B. 破产宣告前须经国务院银行业监督管理机构同意
- C. 清算组成员须包括国务院银行业监督管理机构的人员
- D. 破产清算时应优先支付个人储蓄存款的本息

6. (2007 - 1 - 68)<sup>⑥</sup> 根据我国《商业银行法》、《银行业监督管理法》的相关规定，

- ① CD。
- ② A。
- ③ B。
- ④ A。
- ⑤ ABCD。
- ⑥ AD。



下列哪些选项是正确的？

- A. 商业银行的组织形式既可以是有限责任公司，也可以是股份有限公司
- B. 商业银行的设立、变更等应经中国人民银行批准
- C. 由于商业银行涉及存款人的利益，故商业银行不能通过破产程序而终止
- D. 中国银监会负责对所有金融机构的监管

7. (2009 - 1 - 97)<sup>①</sup> 经采取处置措施，该银行仍不能在规定期限内恢复正常经营能力，且资产情况进一步恶化，各方人士均认为可适用破产程序。如该银行申请破产，应当遵守的规定是？

- A. 该银行应当证明自己已经不能支付到期债务，且资产不足以清偿全部债务
- B. 该银行在提出破产申请前应当成立清算组
- C. 该银行在向法院提交破产申请前应当得到中国银监会的同意
- D. 该银行在向法院提交破产申请时应当提交债务清偿方案和职工安置方案

---

<sup>①</sup> C。



## 第七讲 《银行业监督管理法》

### 考点一 银行业监督管理机构的调整对象

#### 重点法条

第二条 国务院银行业监督管理机构负责对全国银行业金融机构及其业务活动监督管理的工作。

本法所称银行业金融机构，是指在中华人民共和国境内设立的商业银行、城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行。

对在中华人民共和国境内设立的金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司以及经国务院银行业监督管理机构批准设立的其他金融机构的监督管理，适用本法对银行业金融机构监督管理的规定。

国务院银行业监督管理机构依照本法有关规定，对经其批准在境外设立的金融机构以及前二款金融机构在境外的业务活动实施监督管理。

#### 考点解析

1. 国务院银行业监督管理机构负责对全国银行业金融机构及其业务活动监督管理的工作。银监会实施垂直领导体制。

2. 银行监管机构的监管对象：是指在中华人民共和国境内设立的商业银行—城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行；在中华人民共和国境内设立的金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司以及经国务院银行业监督管理机构批准设立的其他金融机构的监督管理，适用本法对银行业金融机构监督管理的规定；对经其批准在境外设立的金融机构以及前述金融机构在境外的业务活动实施监督管理。

银监会的监管对象排除：保险公司（保监会）、证券公司（证监会）。

### 考点二 银行业监督管理机构监督管理职责和措施

#### 重点法条

第十五条 国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规制定并发布对银行业金融机构及其业务活动监督管理的规章、规则。

第十六条 国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规规定的条件和程序，审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止以及业务范围。

第十七条 申请设立银行业金融机构，或者银行业金融机构变更持有资本总额或者股





份总额达到规定比例以上的股东的，国务院银行业监督管理机构应当对股东的资金来源、财务状况、资本补充能力和诚信状况进行审查。

**第二十八条** 国务院银行业监督管理机构应当建立银行业突发事件的发现、报告岗位责任制度。

银行业监督管理机构发现可能引发系统性银行业风险、严重影响社会稳定的突发事件的，应当立即向国务院银行业监督管理机构负责人报告；国务院银行业监督管理机构负责人认为需要向国务院报告的，应当立即向国务院报告，并告知中国人民银行、国务院财政部门等有关部门。

**第二十九条** 国务院银行业监督管理机构应当会同中国人民银行、国务院财政部门等有关部门建立银行业突发事件处置制度，制定银行业突发事件处置预案，明确处置机构和人员及其职责、处置措施和处置程序，及时、有效地处置银行业突发事件。

**第三十六条** 银行业监督管理机构应当责令银行业金融机构按照规定，如实向社会公众披露财务会计报告、风险管理状况、董事和高级管理人员变更以及其他重大事项等信息。

**第三十七条** 银行业金融机构违反审慎经营规则的，国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构应当责令限期改正；逾期未改正的，或者其行为严重危及该银行业金融机构的稳健运行、损害存款人和其他客户合法权益的，经国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构负责人批准，可以区别情形，采取下列措施：

- （一）责令暂停部分业务、停止批准开办新业务；
- （二）限制分配红利和其他收入；
- （三）限制资产转让；
- （四）责令控股股东转让股权或者限制有关股东的权利；
- （五）责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利；
- （六）停止批准增设分支机构。

银行业金融机构整改后，应当向国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构提交报告。国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构经验收，符合有关审慎经营规则的，应当自验收完毕之日起三日内解除对其采取的前款规定的有关措施。

**第四十条** 银行业金融机构被接管、重组或者被撤销的，国务院银行业监督管理机构有权要求该银行业金融机构的董事、高级管理人员和其他工作人员，按照国务院银行业监督管理机构的要求履行职责。

在接管、机构重组或者撤销清算期间，经国务院银行业监督管理机构负责人批准，对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员，可以采取下列措施：

- （一）直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员出境将对国家利益造成重大损失的，通知出境管理机关依法阻止其出境；
- （二）申请司法机关禁止其转移、转让财产或者对其财产设定其他权利。

### 考点解析

#### （一）银行业监督管理机构监督管理职责

1. 国务院银行业监督管理机构应当在规定的期限内，对下列申请事项作出批准或者不批准的书面决定；决定不批准的，应当说明理由：





(1) 银行业金融机构的设立，自收到申请文件之日起6个月内；

(2) 银行业金融机构的变更、终止，以及业务范围和增加业务范围的业务品种，自收到申请文件之日起3个月内；

(3) 审查董事和高级管理人员的任职资格，自收到申请文件之日起30日内。

2. 非现场监管：银行业监督管理机构应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行非现场监管，建立银行业金融机构监督管理信息系统，分析、评价银行业金融机构的风险状况。

3. 现场检查：银行业监督管理机构应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行现场检查。

4. 国务院银行业监督管理机构应当制定现场检查程序，规范现场检查行为。

5. 并表监督管理：国务院银行业监督管理机构应当对银行业金融机构实行并表监督管理。

6. 对央行提出检查银行业金融机构建议的处理：国务院银行业监督管理机构对中国人民银行提出的检查银行业金融机构的建议，应当自收到建议之日起30日内予以回复。

7. 管理评级体系和风险预警机制：国务院银行业监督管理机构应当建立银行业金融机构监督管理评级体系和风险预警机制，根据银行业金融机构的评级情况和风险状况，确定对其现场检查的频率、范围和需要采取的其他措施。

8. 突发事件的出现、报告岗位责任制度：国务院银行业监督管理机构应当建立银行业突发事件的发现、报告岗位责任制度。

9. 银行业监督管理机构发现可能引发系统性银行业风险、严重影响社会稳定的突发事件的，应当立即向国务院银行业监督管理机构负责人报告；国务院银行业监督管理机构负责人认为需要向国务院报告的，应当立即向国务院报告，并告知中国人民银行、国务院财政部门等有关部门。

10. 突发事件处置制度：国务院银行业监督管理机构应当会同中国人民银行、国务院财政部门等有关部门建立银行业突发事件处置制度，制定银行业突发事件处置预案，明确处置机构和人员及其职责、处置措施和处置程序，及时、有效地处置银行业突发事件。

11. 全国银行业金融机构统计数据、报表的编制和发布：国务院银行业监督管理机构负责统一编制全国银行业金融机构的统计数据、报表，并按照国家有关规定予以公布。

12. 对自律组织的指导和监督：国务院银行业监督管理机构对银行业自律组织的活动进行指导和监督。银行业自律组织的章程应当报国务院银行业监督管理机构备案。

## (二) 银行业监督管理机构监督管理措施

### 1. 对银行业金融机构违反审慎经营规则的措施

银行业金融机构违反审慎经营规则的，国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构应当责令限期改正；逾期未改正的，或者其行为严重危及该银行业金融机构的稳健运行、损害存款人和其他客户合法权益的，经国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构负责人批准，可以区别情形，采取下列措施：

(1) 责令暂停部分业务、停止批准开办新业务；

(2) 限制分配红利和其他收入；

(3) 限制资产转让；

(4) 责令控股股东转让股权或者限制有关股东的权利；

(5) 责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利；

#### (6) 停止批准增设分支机构。

银行业金融机构整改后，应当向国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构提交报告。国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构经验收，符合有关审慎经营规则的，应当自验收完毕之日起3日内解除对其采取的前款规定的有关措施。

### 2. 接管、重组和撤销

银行业金融机构已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人和其他客户合法权益的，国务院银行业监督管理机构可以依法对该银行业金融机构实行接管或者促成机构重组，接管和机构重组依照有关法律和国务院的规定执行。

银行业金融机构有违法经营、经营管理不善等情形，不予撤销将严重危害金融秩序、损害公众利益的，国务院银行业监督管理机构有权予以撤销。

### 3. 对董事、高级管理人员的措施

(1) 直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员出境将对国家利益造成重大损失的，通知出境管理机关依法阻止其出境；

(2) 申请司法机关禁止其转移、转让财产或者对其财产设定其他权利。

### 4. 查询、申请冻结账户措施

经国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构负责人批准，银行业监督管理机构有权查询涉嫌金融违法的银行业金融机构及其工作人员以及关联行为人的账户；对涉嫌转移或者隐匿违法资金的，经银行业监督管理机构负责人批准，可以申请司法机关予以冻结。

### 5. 调查权

银行业监督管理机构依法对银行业金融机构进行检查时，经设区的市一级以上银行业监督管理机构负责人批准，可以对与涉嫌违法事项有关的单位和个人采取下列措施：

(1) 询问有关单位或者个人，要求其对有关情况作出说明；

(2) 查阅、复制有关财务会计、财产权登记等文件、资料；

(3) 对可能被转移、隐匿、毁损或者伪造的文件、资料，予以先行登记保存。

银行业监督管理机构采取前款规定措施，调查人员不得少于2人，并应当出示合法证件和调查通知书；调查人员少于2人或者未出示合法证件和调查通知书的，有关单位或者个人有权拒绝。对依法采取的措施，有关单位和个人应当配合，如实说明有关情况并提供有关文件、资料，不得拒绝、阻碍和隐瞒。

## 真题演练

1. (2004-1-22)<sup>①</sup> 根据我国《银行业监督管理法》的规定，在我国境内设立的下列哪一机构不属于银行业监督管理的对象？

- A. 农村信用合作社
- B. 财务公司
- C. 信托投资公司
- D. 证券公司

2. (2004-1-64)<sup>②</sup> 根据《银行业监督管理法》的规定，银行业金融机构违反审慎经营规则且逾期未改正的，国务院银行业监督管理机构可以对其采取下列哪些措施？

- A. 限制资产转让
- B. 限制分配红利

<sup>①</sup> D。

<sup>②</sup> ABC。



### C. 责令暂停部分业务

#### D. 促成机构重组

3. (2005-1-75)<sup>①</sup> 下列哪些活动须经国务院银行业监督管理机构批准?

### A. 商业银行的设立

### B. 商业银行开办分支机构

### C. 商业银行的分立、合并

#### D. 商业银行的解散

4. (2006-1-72)<sup>②</sup> 下列哪些方面的情况是银行业监督管理机构应当责令银行业金融机构如实向社会公众披露的重大事项?

### A. 财务会计报告

## B. 风险管理状况

### C. 控股股东转让股份

#### D. 董事和高级管理人员的变更

5. (2008 - 1 - 22)<sup>③</sup> 某省银行业监督管理局依法对某城市商业银行进行现场检查时,发现该行有巨额非法票据承兑,可能引发系统性银行业风险。根据《银行业监督管理法》的规定,应当立即向下列何人报告?

A. 该省人民政府主管金融工作的负责人

B. 国务院主管金融工作的负责人

### C. 中国人民银行负责人

D. 国务院银行业监督管理机构负责人

6. (2009-1-96)<sup>④</sup> 在作出对该银行的行政处置决定后，负责处置的机构对该银行的人员采取了以下措施，其中符合法律规定的是？

A. 对该行全体人员发出通知，要求各自坚守岗位，认真履行职责

B. 该行副行长邱某、薛某持有出境旅行证件却拒不交出。对此，通知出境管理机关阻止其出境

C. 该行董事范某欲抛售其持有的一批股票。对此，申请司法机关禁止其转让股票

D. 该行会计师余某欲将自己的一处房屋转让给他人。对此，通知房产管理部门停止办理该房屋的过户登记

### 考点三

## 法律责任和央行的监管职权

## 重点法条

第六条 国务院银行业监督管理机构应当和中国人民银行、国务院其他金融监督管理机构建立监督管理信息共享机制。

### 【关联法条】

## 《商业银行法》

第七十六条 商业银行有下列情形之一，由中国人民银行责令改正，有违法所得的，没收违法所得，违法所得五十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，处五十万元以上二百万元以下罚款；情节特别严重

① ABCD。

② ABD.

③  $D_{\circ}$

④ ABC。





或者逾期不改正的，中国人民银行可以建议国务院银行业监督管理机构责令停业整顿或者吊销其经营许可证；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- （一）未经批准办理结汇、售汇的；
- （二）未经批准在银行间债券市场发行、买卖金融债券或者到境外借款的；
- （三）违反规定同业拆借的。

第七十七条 商业银行有下列情形之一，由中国人民银行责令改正，并处二十万元以上五十万元以下罚款；情节特别严重或者逾期不改正的，中国人民银行可以建议国务院银行业监督管理机构责令停业整顿或者吊销其经营许可证；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- （一）拒绝或者阻碍中国人民银行检查监督的；
- （二）提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告、报表和统计报表的；
- （三）未按照中国人民银行规定的比例交存存款准备金的。

### 考点解析

#### 1. 中国人民银行的监督管理职权

中国人民银行的这9项职权是：①执行有关存款准备金管理规定的行为；②与中国人民银行特种贷款有关的行为；③执行有关人民币管理规定的行为；④执行有关银行间同业拆借市场、银行间债券市场管理规定的行为；⑤执行有关外汇管理规定的行为；⑥执行有关黄金管理规定的行为；⑦代理中国人民银行经理国库的行为；⑧执行有关清算管理规定的行为；⑨执行有关反洗钱规定的行为。

当银行业金融机构出现支付困难，可能引发金融风险时，为了维护金融稳定，中国人民银行经国务院批准，有权对银行业金融机构进行检查监督。

#### 2. 人民银行对商业银行的监管

人民银行对商业银行的监管主要有以下4个方面：①经营结汇、售汇业务应经中国人民银行批准；②存贷款利率确定应在中国人民银行规定的范围内；③应按中国人民银行的规定交存准备金，留足备付金；④商业银行同业拆借，应当遵守人民银行的规定，禁止利用拆入资金发放固定资产贷款或者用于投资。

### 真题演练

1. (2004-1-21)① 商业银行的下列违规行为哪一项依法应由中国人民银行负责查处？

- A. 提供虚假财务报告
- B. 出借营业许可证
- C. 未经批准代理买卖外汇
- D. 未经批准设立分支机构

2. (2006-1-71)② 下列哪些机构和人员能够成为承担《银行业监督管理法》规定的法律责任的主体？

- A. 银行业金融机构
- B. 银行业金融机构的高级管理人员

① A。

② ABCD。

C. 非法从事银行业金融业务的非银行金融机构

D. 银行业监督管理机构从事监管工作的人员

3. (2007-1-67)<sup>①</sup> 根据《银行业监督管理法》的规定, 国务院银行业监督管理机构应当与下列哪些机构建立监督管理信息共享机制?

A. 中国人民银行

B. 国家工商行政管理总局

C. 国务院证券监督管理机构

D. 国务院保险监督管理机构



---

<sup>①</sup> ACD。

# 第四章 财 税 法

## 第八讲 实 体 税 法

### 考点一 《个人所得税法》

#### 重点法条

第一条 在中国境内有住所，或者无住所而在境内居住满一年的个人，从中国境内和境外取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。

在中国境内无住所又不居住或者无住所而在境内居住不满一年的个人，从中国境内取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。

第二条 下列各项个人所得，应纳个人所得税：

- 一、工资、薪金所得；
- 二、个体工商户的生产、经营所得；
- 三、对企事业单位的承包经营、承租经营所得；
- 四、劳务报酬所得；
- 五、稿酬所得；
- 六、特许权使用费所得；
- 七、利息、股息、红利所得；
- 八、财产租赁所得；
- 九、财产转让所得；
- 十、偶然所得；
- 十一、经国务院财政部门确定征税的其他所得。

第三条 个人所得税的税率：

一、工资、薪金所得，适用超额累进税率，税率为百分之五至百分之四十五（税率表附后）。

二、个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得，适用百分之五至百分之三十五的超额累进税率（税率表附后）。

三、稿酬所得，适用比例税率，税率为百分之二十，并按应纳税额减征百分之三十。

四、劳务报酬所得，适用比例税率，税率为百分之二十。对劳务报酬所得一次收入畸高的，可以实行加成征收，具体办法由国务院规定。

五、特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得，偶





然所得和其他所得，适用比例税率，税率为百分之二十。

第四条 下列各项个人所得，免纳个人所得税：

一、省级人民政府、国务院部委和中国人民解放军军以上单位，以及外国组织、国际组织颁发的科学、教育、技术、文化、卫生、体育、环境保护等方面的奖金；

二、国债和国家发行的金融债券利息；

三、按照国家统一规定发给的补贴、津贴；

四、福利费、抚恤金、救济金；

五、保险赔款；

六、军人的转业费、复员费；

七、按照国家统一规定发给干部、职工的安家费、退职费、退休工资、离休工资、离休生活补助费；

八、依照我国有关法律规定应予免税的各国驻华使馆、领事馆的外交代表、领事官员和其他人员的所得；

九、中国政府参加的国际公约、签订的协议中规定免税的所得；

十、经国务院财政部门批准免税的所得。

第五条 有下列情形之一的，经批准可以减征个人所得税：

一、残疾、孤老人员和烈属的所得；

二、因严重自然灾害造成重大损失的；

三、其他经国务院财政部门批准减税的。

第六条 应纳税所得额的计算：

一、工资、薪金所得，以每月收入额减除费用二千元后的余额，为应纳税所得额。

二、个体工商户的生产、经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除成本、费用以及损失后的余额，为应纳税所得额。

三、对企事业单位的承包经营、承租经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除必要费用后的余额，为应纳税所得额。

四、劳务报酬所得、稿酬所得、特许权使用费所得、财产租赁所得，每次收入不超过4000元的，减除费用800元；4000元以上的，减除20%的费用，其余额为应纳税所得额。

五、财产转让所得，以转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额，为应纳税所得额。

六、利息、股息、红利所得，偶然所得和其他所得，以每次收入额为应纳税所得额。

个人将其所得对教育事业和其他公益事业捐赠的部分，按照国务院有关规定从应纳税所得中扣除。

对在中国境内无住所而在中国境内取得工资、薪金所得的纳税义务人和在中国境内有住所而在中国境外取得工资、薪金所得的纳税义务人，可以根据其平均收入水平、生活水平以及汇率变化情况确定附加减除费用，附加减除费用适用的范围和标准由国务院规定。

### 考点解析

#### （一）流转税的纳税义务人

按征税对象性质的不同，可将我国现行的税种分为7大类25种：流转税（增值税、消费税和营业税）、所得税、资源税、特定目的税类、财产行为税类、农业税类、关税。



1. 增值税：在我国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人。

2. 消费税：对在我国境内生产、委托加工和进口的应税消费品和消费行为。14 个税目。

3. 营业税：对在我国境内提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人就其营业额征收的一种税。

注意：营业税以调节非商品流转额为主，增值税以调节商品流转额为主，对于某一货物或者劳务，要么征收增值税，要么征收营业税，不能并征，存在着互补性。

## （二）个人所得税的纳税人和纳税所得范围

1. 明确居民纳税人和非居民纳税人，以及其纳税义务规定的差别。

居民纳税人：纳税人如果在中国境内有住所，或者无住所而在中国境内居住满 1 年，均属于中国的居民纳税人，应就其来源于境内和境外的所得缴纳个人所得税，负有无限纳税义务。

非居民纳税人：纳税人如果在中国境内无住所又不居住或者无住所而在中国境内居住不满 1 年，属于中国的非居民纳税人，应就其来源于境内的所得缴纳个人所得税，负有限纳税义务。

2. 在中国境内有住所是指因户籍、家庭、经济利益关系而在中国境内习惯居住的个人。

3. 在境内居住满 1 年，是指在一个纳税年度中在中国境内居住 365 日，一年是指公历 1 月 1 到 12 月 31，临时离境的，不扣减日数，一个会计年度一次不超过 30 日，多次累加不超过 90 日。

4. 从中国境内取得的所得，是指来源于中国境内的所得；所说的从中国境外取得的所得，是指来源于中国境外的所得。

## （三）个人所得税的免征和减征

1. 免纳个人所得税的所得，主要考点是掌握具体事项。应特别注意以下方面：

（1）奖金必须是省、部级、军级以上，外国组织和国际组织颁发的；

（2）利息免税仅限于国债和金融债券，其他利息一律要纳税的；

（3）离、退休人员的工资，保险赔款，福利费、抚恤金、救济金，以及军人的转业费、复员费，不管数额多少，均不纳税。

该条可总结为以下简便记忆：

政府/组织发奖金（省部级以上）

国债利息国家补（补贴/津贴）

三费两金一赔款

外交离退老干部（离退休干部/职工）

2. 减征个人所得税的情形：

（1）残疾、孤老人员和烈属的所得；

（2）因严重自然灾害造成重大损失的；

（3）其他经国务院财政部门批准减税的。

注意：

（1）这里讲的所得只能是劳动所得，主要包括工资、薪金所得；个体工商户生产、经



营所得；对企事业单位的承包经营、承租经营所得；劳务报酬所得；稿酬所得；特许权使用费所得等。

对于残疾、孤老人员和烈属的所得，如果是抚恤金、救济金则为免税。

注意是对于严重的自然灾害，并且造成严重损失的，才可以减税。

要注意，以上减税情形都是要经过批准的。

#### （四）个人所得税的税率

超额累进税率：工资，薪金 5% ~ 45%；个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得 5% ~ 35%

比例税率：稿酬  $(20\% \times (1 - 30\%)) = 14\%$

比例税率：劳务报酬，特许权使用费所得、利息、股息、红利所得、财产租赁所得，财产转让所得，偶然所得和其他所得都是 20%。

注意：劳务报酬所得适用比例税率，税率为 20%。对劳务报酬所得一收入畸高的，可以实行加成征收。劳务报酬所得一次收入畸高，是指个人一次取得的劳务报酬，并应缴纳所得税额超过 20 000 元。对其应纳税所得额超过 2 万元至 5 万元的部分，依照税法计算应纳税所得额后再按照应纳税额加征五成；超过 5 万元的部分，加征十成。

#### 真题演练

1. (2006 - 1 - 26)① 根据《个人所得税法实施条例》的规定，“个人取得的应纳税所得”包括下列哪一项？
  - A. 现金、实物
  - B. 现金、有价证券
  - C. 现金、实物、有价证券
  - D. 现金、实物、有价证券和期权
2. (2003 - 1 - 49)② 根据法律规定，下列哪些个人所得可以免征个人所得税？
  - A. 甲存入国有商业银行存款而获得的利息收入 500 元
  - B. 乙向保险公司投保获得的保险赔款 200 元
  - C. 丙因工负伤获得的抚恤金 3 000 元
  - D. 丁获得县人民政府颁发的教育奖金 5 000 元
3. (2005 - 1 - 23)③ 下列哪一项个人所得不应免纳个人所得税？
  - A. 某体育明星在奥运会上获得一块金牌，回国后国家体育总局奖励 20 万元人民币
  - B. 某科学家获得国务院特殊津贴每月 200 元人民币
  - C. 某高校教师取得一项发明专利，学校奖励 5 万元人民币
  - D. 李某新买的宝马车在某风景区停靠时，被山上落下的石头砸坏，保险公司赔付李某的 6 万元保险金
4. (2007 - 1 - 69)④ 根据《个人所得税法》规定，某大学教授在 2007 年 6 月份的下列哪些收入应缴纳个人所得税？
  - A. 工资 5 000 元
  - B. 在外兼课取得报酬 6 000 元

- 
- ① C。
  - ② BC。
  - ③ C。
  - ④ ABC。

- C. 出版教材一部，获稿酬 1.2 万元  
D. 被评为优秀教师，获奖金 5 000 元
5. (2004 - 1 - 24)<sup>①</sup> 根据我国《个人所得税法》规定，对下列哪一项所得可以实行加成征收？
- A. 特许权使用费所得  
B. 工资、薪金所得  
C. 劳务报酬所得  
D. 因福利彩票中奖所得
6. (2003 - 1 - 12)<sup>②</sup> 下列选项中哪一个属于我国增值税的纳税人？
- A. 从事房屋租赁业务的甲公司  
B. 从事服装销售的乙公司  
C. 转让无形资产的丙公司  
D. 从事证券经纪业务的丁公司

## 考点二 《企业所得税法》

### 重点法条

**第一条** 在中华人民共和国境内，企业和其他取得收入的组织（以下统称企业）为企业所得税的纳税人，依照本法的规定缴纳企业所得税。

个人独资企业、合伙企业不适用本法。

**第二条** 企业分为居民企业和非居民企业。

本法所称居民企业，是指依法在中国境内成立，或者依照外国（地区）法律成立但实际管理机构在中国境内的企业。

本法所称非居民企业，是指依照外国（地区）法律成立且实际管理机构不在中国境内，但在中国境内设立机构、场所的，或者在中国境内未设立机构、场所，但有来源于中国境内所得的企业。

**第三条** 居民企业应当就其来源于中国境内、境外的所得缴纳企业所得税。

非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，缴纳企业所得税。

非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。

**第四条** 企业所得税的税率为 25%。

非居民企业取得本法第 3 条第 3 款规定的所得，适用税率为 20%。

**第二十六条** 企业的下列收入为免税收入：

- （一）国债利息收入；
- （二）符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益；
- （三）在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益；
- （四）符合条件的非营利组织的收入。

<sup>①</sup> C。

<sup>②</sup> B。



第二十七条 企业的下列所得，可以免征、减征企业所得税：

- (一) 从事农、林、牧、渔业项目的所得；
- (二) 从事国家重点扶持的公共基础设施项目投资经营的所得；
- (三) 从事符合条件的环境保护、节能节水项目的所得；
- (四) 符合条件的技术转让所得；
- (五) 本法第三条第三款规定的所得。

第二十八条 符合条件的小型微利企业，减按 20% 的税率征收企业所得税。

国家需要重点扶持的高新技术企业，减按 15% 的税率征收企业所得税。

第三十条 企业的下列支出，可以在计算应纳税所得额时加计扣除：

- (一) 开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用；
- (二) 安置残疾人员及国家鼓励安置的其他就业人员所支付的工资。

## 考点解析

### (一) 企业所得税的纳税人

在中华人民共和国境内，企业和其他取得收入的组织（以下统称企业）为企业所得税的纳税人，依照本法的规定缴纳企业所得税。也就是说内资和外资企业适用统一的《企业所得税法》，个人独资企业、合伙企业不适用《企业所得税法》，不缴纳企业所得税。

### (二) 企业所得税的税率

- 1. 企业所得税的税率为 25%。
- 2. 非居民企业适用税率为 20%。
- 3. 符合条件的小型微利企业，减按 20% 的税率征收企业所得税。
- 4. 国家需要重点扶持的高新技术企业，减按 15% 的税率征收企业所得税。

### (三) 企业所得税的优惠

#### 1. 免税收入

- (1) 国债利息收入；
- (2) 符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益；
- (3) 在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益；
- (4) 符合条件的非营利组织的收入。

#### 2. 免征、减征企业所得税

- (1) 从事农、林、牧、渔业项目的所得；
- (2) 从事国家重点扶持的公共基础设施项目投资经营的所得；
- (3) 从事符合条件的环境保护、节能节水项目的所得；
- (4) 符合条件的技术转让所得；
- (5) 本法第 3 条第 3 款规定的所得。（非居民纳税人的第二种特殊情况）

#### 3. 加计扣除

企业的下列支出，可以在计算应纳税所得额时加计扣除：

- (1) 开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用；
- (2) 安置残疾人员及国家鼓励安置的其他就业人员所支付的工资。







5. 国务院规定的其他货物。

(三) 纳税人出口货物, 税率为零; 但是, 国务院另有规定的除外。

(四) 纳税人提供加工、修理修配劳务 (以下称应税劳务), 税率为 17%。

税率的调整, 由国务院决定。

第十二条 小规模纳税人增值税征收率为 3%。

征收率的调整, 由国务院决定。

第十五条 下列项目免征增值税:

(一) 农业生产者销售的自产农产品;

(二) 避孕药品和用具;

(三) 古旧图书;

(四) 直接用于科学研究、科学试验和教学的进口仪器、设备;

(五) 外国政府、国际组织无偿援助的进口物资和设备;

(六) 由残疾人的组织直接进口供残疾人专用的物品;

(七) 销售的自己使用过的物品。

除前款规定外, 增值税的免税、减税项目由国务院规定。任何地区、部门均不得规定免税、减税项目。

#### 【关联法条】

#### 《增值税暂行条例实施细则》

第三十七条 增值税起征点的适用范围限于个人。增值税起征点的幅度规定如下:

(一) 销售货物的, 为月销售额 2 000 ~ 5 000 元;

(二) 销售应税劳务的, 为月销售额 1 500 ~ 3 000 元;

(三) 按次纳税的, 为每次 (日) 销售额 150 ~ 200 元。

前款所称销售额, 是指本细则第三十条第一款所称小规模纳税人的销售额。

省、自治区、直辖市财政厅 (局) 和国家税务局应在规定的幅度内, 根据实际情况确定本地区适用的起征点, 并报财政部、国家税务总局备案。

#### 考点解析

1. 注意:《增值税暂行条例》于 1993 年 12 月 13 日发布, 2008 年 11 月 5 日国务院第 34 次常务会议修订通过, 该条例自 2009 年 1 月 1 日生效。

2. 增值税的征税对象是在我国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人。增值税税率分为 17%、13%、3% 和零税率。

3. 增值税的免税、减税项目由国务院规定, 任何地区、部门均不得规定免税、减税项目。

#### 真题演练

1. (2003 - 1 - 12) ① 下列选项中哪一个属于我国增值税的纳税人?

A. 从事房屋租赁业务的甲公司

B. 从事服装销售的乙公司

① B。

C. 转让无形资产的丙公司

D. 从事证券经纪业务的丁公司

2. (2009-1-26)<sup>①</sup> 关于增值税的说法，下列哪一选项是错误的？

A. 增值税的税基是销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的增值额

B. 增值税起征点的范围只限于个人

C. 农业生产者销售自产农业产品的，免征增值税

D. 进口图书、报纸、杂志的，免征增值税



---

<sup>①</sup> D. 进口图书、报纸、杂志的适用税率为 13%，故 D 项错误。

## 第九讲 程序税法

### 考点一 税务登记

#### 重点法条

##### 《税收征收管理法》

第三条 税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税，依照法律的规定执行；法律授权国务院规定的，依照国务院制定的行政法规的规定执行。

任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定。

第十五条 企业，企业在外地设立的分支机构和从事生产、经营的场所，个体工商户和从事生产、经营的事业单位（以下统称从事生产、经营的纳税人）自领取营业执照之日起三十日内，持有关证件，向税务机关申报办理税务登记。税务机关应当自收到申报之日起三十日内审核并发给税务登记证件。

工商行政管理机关应当将办理登记注册、核发营业执照的情况，定期向税务机关通报。

本条第一款规定以外的纳税人办理税务登记和扣缴义务人办理扣缴税款登记的范围和办法，由国务院规定。

第十六条 从事生产、经营的纳税人，税务登记内容发生变化的，自工商行政管理机关办理变更登记之日起三十日内或者在向工商行政管理机关申请办理注销登记之前，持有关证件向税务机关申报办理变更或者注销税务登记。

#### 考点解析

1. 纳税登记人，也即从事生产、经营的纳税人，包括：①企业；②企业在外地的分支机构；③企业在外地的生产经营场所；④个体工商户；⑤从事生产、经营的事业单位。

2. 记住税务登记人的登记期间。

3. 从事生产、经营的纳税人应当自领取营业执照或者发生纳税义务之日起15日内，按照国家有关规定设置账簿。

4. 所称账簿，是指总账、明细账、日记账以及其他辅助性账簿。总账、日记账应当采用订本式。

5. 从事生产、经营的纳税人应当自领取税务登记证件之日起15日内，将其财务、会计制度或者财务、会计处理办法报送主管税务机关备案。

6. 账簿、记账凭证、报表、完税凭证、发票、出口凭证以及其他有关涉税资料应当保存10年；但是，法律、行政法规另有规定的除外。

7. 税收具有无偿性、强制性和固定性的特征。应当注意税收之开、停、减、免、退、



补只能依法律、行政法规进行，地方性法规和规章等都不能创设规定税收的开征和停征。纳税人签订的合同、协议等与税收法律、行政法规相抵触地，一律无效。税收适用法律与行政法规的关系：一般由法律规定，法律授权国务院规定的，依行政法规执行。

## 考点二 税收征收

### 重点法条

#### 《税收征收管理法》

第二十七条 纳税人、扣缴义务人不能按期办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的，经税务机关核准，可以延期申报。

经核准延期办理前款规定的申报、报送事项的，应当在纳税期内按照上期实际缴纳的税额或者税务机关核定的税额预缴税款，并在核准的延期内办理税款结算。

第三十一条 纳税人、扣缴义务人按照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限，缴纳或者解缴税款。

纳税人因有特殊困难，不能按期缴纳税款的，经省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局批准，可以延期缴纳税款，但是最长不得超过三个月。

第三十五条 纳税人有下列情形之一的，税务机关有权核定其应纳税额：

- (一) 依照法律、行政法规的规定可以不设置账簿的；
- (二) 依照法律、行政法规的规定应当设置账簿但未设置的；
- (三) 擅自销毁账簿或者拒不提供纳税资料的；
- (四) 虽设置账簿，但账目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全，难以查账的；
- (五) 发生纳税义务，未按照规定的期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期仍不申报的；
- (六) 纳税人申报的计税依据明显偏低，又无正当理由的。

税务机关核定应纳税额的具体程序和方法由国务院税务主管部门规定。

第三十七条 对未按照规定办理税务登记的从事生产、经营的纳税人以及临时从事经营的纳税人，由税务机关核定其应纳税额，责令缴纳；不缴纳的，税务机关可以扣押其价值相当于应纳税款的商品、货物。扣押后缴纳应纳税款的，税务机关必须立即解除扣押，并归还所扣押的商品、货物；扣押后仍不缴纳应纳税款的，经县以上税务局（分局）局长批准，依法拍卖或者变卖所扣押的商品、货物，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

第三十八条 税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务行为的，可以在规定的纳税期之前，责令限期缴纳应纳税款；在限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入的迹象的，税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取下列税收保全措施：

- (一) 书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构冻结纳税人的金额相当于应纳税款的存款；
- (二) 扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。





纳税人在前款规定的限期内缴纳税款的，税务机关必须立即解除税收保全措施；限期期满仍未缴纳税款的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构从其冻结的存款中扣缴税款，或者依法拍卖或者变卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品，不在税收保全措施的范围之内。

第四十条 从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳或者解缴税款，纳税担保人未按照规定的期限缴纳所担保的税款，由税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取下列强制执行措施：

（一）书面通知其开户银行或者其他金融机构从其存款中扣缴税款；

（二）扣押、查封、依法拍卖或者变卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

税务机关采取强制执行措施时，对前款所列纳税人、扣缴义务人、纳税担保人未缴纳的滞纳金同时强制执行。

个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品，不在强制执行措施的范围之内。

第四十四条 欠缴税款的纳税人或者他的法定代表人需要出境的，应当在出境前向税务机关结清应纳税款、滞纳金或者提供担保。未结清税款、滞纳金，又不提供担保的，税务机关可以通知出境管理机关阻止其出境。

第四十五条 税务机关征收税款，税收优先于无担保债权，法律另有规定的除外；纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权执行。

纳税人欠缴税款，同时又被行政机关决定处以罚款、没收违法所得的，税收优先于罚款、没收违法所得。

税务机关应当对纳税人欠缴税款的情况定期予以公告。

第五十一条 纳税人超过应纳税额缴纳的税款，税务机关发现后应当立即退还；纳税人自结算缴纳税款之日起三年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款并加算银行同期存款利息，税务机关及时查实后应当立即退还；涉及从国库中退库的，依照法律、行政法规有关国库管理的规定退还。

第五十二条 因税务机关的责任，致使纳税人、扣缴义务人未缴或者少缴税款的，税务机关在三年内可以要求纳税人、扣缴义务人补缴税款，但是不得加收滞纳金。

因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误，未缴或者少缴税款的，税务机关在三年内可以追征税款、滞纳金；有特殊情况的，追征期可以延长到五年。

对偷税、抗税、骗税的，税务机关追征其未缴或者少缴的税款、滞纳金或者所骗取的税款，不受前款规定期限的限制。

### 考点解析

#### 1. 纳税延期申报和延期缴纳

延期申报：经核准延期申报的，也应当在纳税期内按照上期实际缴纳的税额或者税务机关核定的税额预缴税款，并在核准的延期内办理税款结算。

纳税延期缴纳：在特殊情况下：①不可抗力。②当期货币资金在扣除应付职工工资，社会保险费后，不足以缴纳税款的，经省级批准，包括计划单列市，可以延期缴纳，但最



长不得超过3个月。

## 2. 核定税额

- (1) 依照法律、行政法规的规定可以不设置账簿的。
- (2) 依照法律、行政法规的规定应当设置账簿，但是未设置的。
- (3) 擅自销毁账簿或者拒不提供纳税资料的。
- (4) 设置账簿，但账目混乱或者成本资料，收入凭证、费用凭证残缺不全，难以查账。
- (5) 发生纳税义务，未按照规定办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期仍不申报的。
- (6) 纳税人申报的计税依据明显偏低，又无正当理由的。

## 3. 税收保全

税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务行为的，可以在规定的纳税期之前，责令限期缴纳应纳税款；在限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入的迹象的，税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取下列税收保全措施：

- (1) 书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构冻结纳税人的金额相当于应纳税款的存款。
- (2) 扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。纳税人在前款规定的限期内缴纳税款的，税务机关必须立即解除税收保全措施；限期期满仍未缴纳税款的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构从其冻结的存款中扣缴税款，或者依法拍卖或者变卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。
- (3) 个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品，不在税收保全措施的范围之内。

## 4. 强制执行措施

从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳或者解缴税款，纳税担保人未按照规定的期限缴纳所担保的税款，由税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取下列强制执行措施：

- (1) 书面通知其开户银行或者其他金融机构从其存款中扣缴税款。
- (2) 扣押、查封、依法拍卖或者变卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

税务机关采取强制执行措施时，对前款所列纳税人、扣缴义务人、纳税担保人未缴纳的滞纳金同时强制执行。

个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品，不在强制执行措施的范围之内。

注意：

- (1) 税收保全和税收强制执行措施中所称个人所抚养的家属，是指与纳税人共同居住生活的配偶、直系亲属以及无生活来源并由纳税人抚养的其他亲属。
- (2) 机动车辆、金银饰品、古玩字画、豪华住宅或者一处以外的住房不属于税收保全措施和强制执行措施中个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品。





(3) 税务机关对单价 5000 元以下的其他生活用品, 不采取税收保全措施和强制执行措施。

### 5. 离境清税措施

离境清税措施即欠缴税款的纳税人或者其法定代表人需要出境的, 应结清税款、滞纳金或者提供担保, 否则税务机关可以通知海关阻止其出境。这是防止纳税人逃避纳税义务的一项措施, 这项措施针对的主体是纳税人或者他的法定代表人。

### 6. 税收优先原则

这里的“优先”是指三个方面: 第一, 税务机关征收税款, 税收优先于无担保债权, 法律另有规定的除外; 第二, 纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的, 税收应当先于抵押权、质权、留置权执行; 第三, 纳税人欠缴税款, 同时又被行政机关决定处以罚款、没收违法所得的, 税收优先于罚款、没收违法所得。

### 7. 纳税人合并、分立时纳税义务的承担

纳税人有合并、分立情形的, 应报告税务机关并缴清税款, 否则由合并后的纳税人继续履行未履行的纳税义务, 或者由分立后的纳税人对未履行的纳税义务承担连带责任。

### 8. 税款的退还、补缴和追征

(1) 税款的退还。对于纳税人多缴纳的税款, 税务机关发现后应予退还, 纳税人自缴纳税款之日起 3 年内发现的, 可以要求退还, 要求退还多缴的税款加算银行同期存款利息; 税款缴纳 3 年后发现的, 便不得再请求退还。这里的 3 年在性质上属于除斥期间。

(2) 税款的补缴。对于因税务机关原因导致的税款少缴纳或少解缴, 税务机关在 3 年内发现的, 可以要求补缴税款, 但不得请求滞纳金; 3 年后发现的, 税务机关便丧失了请求的权利。

(3) 税款的追征。对于因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误, 造成税款少缴纳或少解缴的, 税务机关可以在 3 年内追征, 包括税款加滞纳金; 有特殊情况的 (是指累计数额在 10 万元以上的) 追征期可以延长到 5 年。这里应注意, 追征期 3 年或 5 年是针对纳税人主观上没有故意这种情况的。

偷税、抗税或是骗税, 追征期是无限的。

### 9. 税收法律救济及后果

纳税争议: 先交税款, 滞纳金 (注意: 纳税人和扣缴义务人未按照规定缴税款的, 按日加收滞纳金万分之五) 或者提供相应担保, 然后复议, 对复议决定不服的, 才可以起诉, 复议前置。

处罚决定, 强制执行措施和税收保全有争议的, 可以复议或者诉讼, 为选择程序, 不是复议前置。(注意以上救济方式的区别。)

当事人对税务机关的处罚决定逾期不申请行政复议, 也不向法院起诉的, 又不履行的, 做出处罚决定的税务机关可以采取强制措施, 或者申请法院强制执行。

### 真题演练

1. (2007-1-23)<sup>①</sup> 甲创办了销售电脑的个人独资企业。至 2007 年 8 月, 该企业欠

<sup>①</sup> C。



缴税款近 8 000 元。根据《税收征收管理法》的规定，税务机关采取的下列哪一强制措施是合法的？

- A. 扣押甲已出售并交付给刘某、但刘某尚未付款的一幅字画
- B. 扣押甲一台价值 4 800 元的电视机
- C. 查封甲唯一的一辆家用轿车
- D. 查封甲唯一的一套居住用房

2. (2005 - 1 - 71)<sup>①</sup> 在下列哪些情况下，税务机关有权依法直接核定纳税人的应纳税额？

- A. 甲公司擅自销毁账簿、拒不提供纳税资料
- B. 乙公司申报的计税依据明显偏低，又无正当理由
- C. 丙公司设置了账簿，但账目混乱，凭证不全，难以查账
- D. 丁公司未按规定期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报后才申报

3. (2002 - 1 - 51)<sup>②</sup> 税务机关采取税收保全措施有着严格的适用条件。下列几种情况哪些属于税务机关采取税收保全措施必须满足的条件？

- A. 税务机关有根据认为纳税人有逃避纳税义务行为的
- B. 纳税人不能提供纳税担保的
- C. 必须经县级以上税务局（分局）局长批准
- D. 扣押、查封物品的价值，须与纳税人应履行的纳税义务相当

4. (2005 - 1 - 24)<sup>③</sup> 从事零售业务的个体户王某收到税务机关限期缴纳通知书的期限届满后，仍然拖欠营业税款 2 000 元。税务机关对此采用的下列哪一种做法不符合法律规定？

- A. 扣押王某价值 2 500 元的营业用冷冻柜
- B. 书面通知银行从王某的储蓄账户中扣缴拖欠税款
- C. 从王某的储蓄账户中强制扣缴拖欠税款的滞纳金
- D. 为防止王某以后再拖欠税款，在强制执行王某的银行存款后继续扣押其冷冻柜 6 个月，以观后效

5. (2006 - 1 - 67)<sup>④</sup> 下列关于税收保全与税收强制措施的哪些表述是错误的？

- A. 税收保全与税收强制措施适用于所有逃避纳税义务的纳税人
- B. 税收强制措施不包括从纳税人的存款中扣缴税款
- C. 个人生活必需的用品不适用税收保全与税收强制执行措施
- D. 税务机关可不经税收保全措施而直接采取税收强制执行措施

6. (2008 - 1 - 21)<sup>⑤</sup> 李某是个人独资企业的业主。该企业因资金周转困难，到期不能缴纳税款。经申请，税务局批准其延期三个月缴纳。在此期间，税务局得知李某申请出国探亲，办理了签证并预定了机票。对此，税务局应采取下列哪一种处理方式？

- A. 责令李某在出境前提供担保

① ABC。  
② ABCD。  
③ D。  
④ ABD。  
⑤ A。

- B. 李某是在延期期间出境，无须采取任何措施
- C. 告知李某：欠税人在延期期间一律不得出境
- D. 直接通知出境管理机关阻止其出境

7. (2003-1-48)<sup>①</sup> 税务机关在实行税收保全措施和强制执行措施时，下列哪些财产或者物品不在此类措施范围之内？

- A. 纳税人甲个人仅有的一套住房
- B. 纳税人乙个人所有的金银首饰
- C. 纳税人丙自用的私人汽车
- D. 纳税人丁所有的单价在 5 000 以下的生活用品



---

<sup>①</sup> AD。

# 第五章 土地法和房地产法

## 第十讲 土地权属制度

### 考点一 土地用途与土地所有权

#### 重点法条

##### 《土地管理法》

第二条 中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。

全民所有，即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。

任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地使用权可以依法转让。

国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。

国家依法实行国有土地有偿使用制度。但是，国家在法律规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。

第四条 国家实行土地用途管制制度。

国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量，对耕地实行特殊保护。

前款所称农用地是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等；建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地，包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等；未利用地是指农用地和建设用地以外的土地。

使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地。

第八条 城市市区的土地属于国家所有。

农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有。

#### 考点解析

关于我国土地所有权和使用权基本制度的主要考点有：

1. 我国土地实行社会主义公有制，只能属于国家和集体所有，不能个人私有。
2. 不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。我国国有土地使用权可以出让和



转让，但国有土地所有权不得买卖。

3. 土地所有权不能买卖，但实行国有土地有偿使用制度。国家在法律规定范围内划拨国有土地使用权的除外。

4. 国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用地和未利用地。

5. 我国土地所有权分为国有土地使用权和集体土地使用权。国有土地的范围包括：

- (1) 城市市区的土地；
  - (2) 原属于集体土地，经过没收、征收、征用、征购等原因变成国有土地的；
  - (3) 农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的，原来属于其成员集体所有的土地；
  - (4) 因国家组织移民、自然灾害等原因，农民成建制地集体迁移后，不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地；
  - (5) 依法不属于集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地。
- 其余都是集体土地，包括村农民集体，乡镇农民集体，村民小组（三级）。

## 考点二 国有土地使用权

### 重点法条

#### 《城市房地产管理法》

第八条 土地使用权出让，是指国家将国有土地使用权（以下简称土地使用权）在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。

第九条 城市规划区内的集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让。

第十三条 土地使用权出让，可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式。

商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，有条件的，必须采取拍卖、招标方式；没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取双方协议的方式。

采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

第十四条 土地使用权出让最高年限由国务院规定。

第十八条 土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

第二十三条 土地使用权划拨，是指县级以上人民政府依法批准，在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。

依照本法规定以划拨方式取得土地使用权的，除法律、行政法规另有规定外，没有使用期限的限制。

第二十四条 下列建设用地的土地使用权，确属必需的，可以由县级以上人民政府依法批准划拨：

- (一) 国家机关用地和军事用地；
- (二) 城市基础设施用地和公益事业用地；



(三) 国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地;

(四) 法律、行政法规规定的其他用地。

第二十六条 以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的,必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的,可以征收相当于土地使用权出让金百分之二十以下的土地闲置费;满二年未动工开发的,可以无偿收回土地使用权;但是,因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。

第五十一条 设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的,依法拍卖该房地产后,应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后,抵押权人方可优先受偿。

第五十六条 以营利为目的,房屋所有权人将以划拨方式取得使用权的国有土地上建成的房屋出租的,应当将租金中所含土地收益上缴国家。具体办法由国务院规定。

### 考点解析

#### (一) 国有土地使用权的有偿取得

国有土地有偿使用的方式包括:①国有土地使用权出让;②国有土地租赁;③国有土地使用权作价出资或者入股。

出让土地使用权是土地使用者以向国有土地所有者代表支付出让金为对价而原始取得的有期限限制的国有土地使用权。

1. 出让土地使用权的主体。境内外法人、非法人组织和公民个人可依法取得出让土地使用权。但是,外商投资开发经营成片土地,应依法设立中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业,享有该项权利。

2. 出让土地使用权取得的方式。出让土地使用权的合法取得方式为拍卖、招标、协议。城市房地产管理法规定,商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地,应当采取拍卖、招标方式出让土地使用权。没有条件,不能采取拍卖、招标方式的,可以采取协议方式出让土地使用权。采取协议方式出让土地使用权的,出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

国家可将出让土地使用权作价出资或入股作为对企业的投资,国家对企业享有相应的投资者权益(股权),企业享有出让土地使用权。

3. 出让土地使用权的年限。根据国务院的现行规定,城镇国有土地使用权出让的最高年限,按土地用途分为以下几种情况:

- (1) 居住用地 70 年;
- (2) 工业用地 50 年;
- (3) 教育、科技、文化、卫生、体育用地 50 年;
- (4) 商业、旅游、娱乐用地 40 年;
- (5) 综合或者其他用地 50 年。

此外,开发国有荒山、荒地、荒滩从事广义的农业生产的,使用期限最长不得超过 50 年。

国有土地所有者代表与用地者可在不超过最高出让年限的前提下,在出让合同中约定出让年限。

有偿方式取得的国有土地使用权的处分:





对于以有偿方式取得的国有土地使用权，使用权人的处分是较为自由的。出让土地使用权人在使用期限内依法对土地享有占有权、使用权、收益权和部分处分权，包括转让、出租、抵押、合资、合作和置换。只要不违反法律的禁止性规定。

## （二）国有土地使用权的划拨取得

划拨土地使用权是土地使用者经县级以上人民政府依法批准，在缴纳补偿、安置等费用后所取得的，或者无偿取得的没有使用期限限制的国有土地使用权。

注意：

（1）土地使用权的划拨是一种行政行为。而土地使用权出让是一种民事法律行为。集体土地不适用划拨方式，集体土地只有在被征收为国有土地之后才可以划拨。

（2）既可以是有偿的（注意：即使是有偿的，也不是土地对价），也可以是无偿的。

### 1. 适用范围

包括：①国家机关用地例如政府大院和军事用地；②城市基础设施用地例如道路、公厕、停车场和公益事业用地例如残疾人工厂学校、希望小学，不包含正常健康人的学校；③国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地，如三峡工程、京九铁路等；④法律、法规规定的其他用地。

### 2. 划拨土地使用权转让

划拨土地使用权人权利内容不充分，其对土地仅有占有权、使用权和部分收益权，而无处分权，也无完全的收益权，其实施房地产转让时，应依法获取国有土地所有者代表同意并与之分享土地收益。因此，城市房地产管理法规定：

（1）以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家的有关规定缴纳土地使用权出让金。

（2）以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或作其他处理。

转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

注意：（1）和（2）的区别。

## （三）国有土地使用权的收回

在以下情况下，有关政府土地行政主管部门报经院批准的人民政府或者有批准权的人民政府，可以收回国有土地使用权。

1. 国家为公共利益的需要使用土地的；
2. 为实施城市规划进行旧城区建设，需要调整使用土地的；
3. 土地出让等有偿使用合同约定的土地，使用期限届满；
4. 因单位撤销、迁移等原因，停止使用原划拨的国有土地的；
5. 公路、铁路、机场、矿山等经核准报废的。

对第1、2种情况下收回国有土地使用权的，应对土地使用权人给予适当补偿。

## （四）国有土地使用权转让方式

出售、交换、赠与、继承、土地使用权入股。

## 考点三 集体土地使用权

### 重点法条

#### 《土地管理法》

第十四条 农民集体所有的土地由本集体经济组织的成员承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。土地承包经营期限为三十年。发包方和承包方应当订立承包合同，约定双方的权利和义务。承包经营土地的农民有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。农民的土地承包经营权受法律保护。

在土地承包经营期限内，对个别承包经营者之间承包的土地进行适当调整的，必须经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业行政主管部门批准。

第十五条 国有土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。农民集体所有的土地，可以由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。发包方和承包方应当订立承包合同，约定双方的权利和义务。土地承包经营的期限由承包合同约定。承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的，必须经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。

第十六条 土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府处理。

单位之间的争议，由县级以上人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡级人民政府或者县级以上人民政府处理。

当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以自接到处理决定通知之日起30日内，向人民法院起诉。

在土地所有权和使用权争议解决前，任何一方不得改变土地利用现状。

第六十二条 农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。

农村村民住宅用地，经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。

农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。

#### 【关联法条】

#### 《农村土地承包法》

第三条 国家实行农村土地承包经营制度。

第二十条 耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。





第三十二条 通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。

第三十七条 土地承包经营权采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转，当事人双方应当签订书面合同。采取转让方式流转的，应当经发包方同意；采取转包、出租、互换或者其他方式流转的，应当报发包方备案。

土地承包经营权流转合同一般包括以下条款：

- (一) 双方当事人的姓名、住所；
- (二) 流转土地的名称、坐落、面积、质量等级；
- (三) 流转的期限和起止日期；
- (四) 流转土地的用途；
- (五) 双方当事人的权利和义务；
- (六) 流转价款及支付方式；
- (七) 违约责任。

第三十八条 土地承包经营权采取互换、转让方式流转，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请登记。未经登记，不得对抗善意第三人。

农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。

第四十六条 荒山、荒沟、荒丘、荒滩等可以直接通过招标、拍卖、公开协商等方式实行承包经营，也可以将土地承包经营权折股分给本集体经济组织成员后，再实行承包经营或者股份合作经营。

承包荒山、荒沟、荒丘、荒滩的，应当遵守有关法律、行政法规的规定，防止水土流失，保护生态环境。

第四十八条 发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。

由本集体经济组织以外的单位或者个人承包的，应当对承包方的资信情况和经营能力进行审查后，再签订承包合同。

### 考点解析

#### （一）集体土地使用权的处分和收回

处分：集体所有的土地使用权可以出让、转让或者出租。不得出让、转让或者出租用于非农业建设；但是，符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外。

收回集体土地使用权的情形：

有下列情形之一的，农村集体经济组织报经原批准用地的人民政府批准，可以收回土地使用权：

1. 为乡（镇）村公共设施和公益事业建设，需要使用土地的；
2. 不按照批准的用途使用土地的；
3. 因撤销、迁移等原因而停止使用土地的。

依照前款第1项规定收回农民集体所有的土地的，对土地使用权人应当给予适当



补偿。

## （二）农村土地承包经营权

### 1. 家庭承包

（1）发包：家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。

（2）收回和调整

① 收回：承包期内，发包方不得收回承包地。

承包期内，承包方全家迁入小城镇落户的，应当按照承包方的意愿，保留其土地承包经营权或者允许其依法进行土地承包经营权流转。

承包期内，承包方全家迁入设区的市，转为非农业户口的，应当将承包的耕地和草地交回发包方。承包方不交回的，发包方可以收回承包的耕地和草地。

承包期内，承包方交回承包地或者发包方依法收回承包地时，承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的，有权获得相应的补偿。

② 调整：承包期内，发包方不得调整承包地。

承包期内，因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间承包的耕地和草地需要适当调整的，必须经本集体经济组织成员的村民会议 2/3 以上成员或者 2/3 以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业等行政主管部门批准。承包合同中约定不得调整的，按照其约定。

（3）流转：土地承包经营权采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转，当事人双方应当签订书面合同。采取转让方式流转的，应当经发包方同意；采取转包、出租、互换或者其他方式流转的，应当报发包方备案。采取登记对抗主义。

（4）承包期限和承包合同：承包合同自成立之日起生效。承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权。

耕地的承包期为 30 年。草地的承包期为 30 年至 50 年。林地的承包期为 30 年至 70 年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。

承包方案应当依法经本集体经济组织成员的村民会议 2/3 以上成员或者 2/3 以上村民代表的同意。

### 2. 其他方式的承包

不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等可以直接通过招标、拍卖、公开协商等方式实行承包经营，也可以将土地承包经营权折股分给本集体经济组织成员后，再实行承包经营或者股份合作经营。

土地承包经营权通过招标、拍卖、公开协商等方式取得的，该承包人死亡，其应得的承包收益，依照继承法的规定继承；在承包期内，其继承人可以继续承包。

以其他方式承包农村土地，在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先承包权。

发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议 2/3 以上成员或者 2/3 以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。

通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书的，其土地承包经营权可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转。



### （三）宅基地使用权

1. 分配取得，无偿、无期限，身份限制，建设自用房屋，一户一宅。
2. 农村村民一户只能拥有一处宅基地，其它基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。
3. 农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。
4. 农村村民住宅用地，经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准（注意：都是人民政府）；其中，涉及占用农用地的，依照本法规定办理审批手续。
5. 农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。

### （四）土地所有权和使用权争议地解决途径

1. 土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府处理。
  2. 单位之间的争议，由县级以上人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡级人民政府或者县级以上人民政府处理。
  3. 当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以自接到处理决定通知之日起30日内，向人民法院起诉。
  4. 在土地所有权和使用权争议解决前，任何一方不得改变土地利用现状。
- 注意与土地、自然资源权利侵权纠纷解决的区别：
- （1）如果是平等主体之间的侵权，则可以直接向法院提起民事诉讼。
  - （2）如果是属于行政机关的具体行政行为侵权，程序如下：  
先提请行政复议→对复议决定不服的，再提请行政诉讼（行政复议是行政诉讼的前置程序）  
（例外：如果根据省级以上人民政府关于行政区划决定，省级政府做出的行政复议是最终裁决，不得起诉。）

### 真题演练

1. (2005-1-26)<sup>①</sup> 依据有关法律规定，下列哪一建设用地项目不能取得划拨土地使用权？
  - A. 望湖乡政府办公楼建设用地
  - B. 西关镇人民医院建设用地
  - C. 南湖别墅区通往南山镇的道路建设用地
  - D. 民办北岭大学校区扩建用地
2. (2006-1-22)<sup>②</sup> 根据《土地管理法》确立的土地用途管制制度，国家在编制土地利用总体规划时，对土地用途如何分类？
  - A. 国有单位用地、集体用地和私人用地
  - B. 城市用地、乡村用地和其他用地
  - C. 农用地、建设用地和未利用地
  - D. 工商业用地、农业用地和住宅用地

① C。  
② C。





3. (2006-1-21)<sup>①</sup>《土地管理法》规定,国家实行占用耕地补偿制度。下列关于这一制度的哪一表述是错误的?

A. 因非农业建设占用耕地的,占用单位应承担占用补偿义务,负责开垦与所占用耕地的数量和质量相当的耕地

B. 国家批准的重点建设项目占用耕地的,占用单位不承担占用补偿义务

C. 没有条件开垦的占用单位,应当按规定缴纳耕地开垦费

D. 占用单位开垦耕地,应按照省级人民政府制定的开垦计划进行

4. (2007-1-74)<sup>②</sup>下列哪些属于国有土地的有偿使用方式?

A. 某上市公司与政府签订国有建设用地使用权出让合同

B. 某外资企业以租赁的方式取得某地块的国有土地使用权

C. 某国有企业在设立中外合资企业时将国有土地使用权作价出资

D. 某国有企业以国有土地使用权作价入股设立有限责任公司

5. (2007-1-24)<sup>③</sup>李庄和赵庄为相邻一块土地的所有权归属发生争议,李庄的村干部就此事请示乡长。乡长的下列哪一答复意见是错误的?

A. “这件事,乡政府可以出面召集你们双方协商解决。”

B. “如果你们双方达不成协议,我们乡政府是无权处理的。”

C. “你们可以去县政府申请处理,也可以直接去县法院起诉。”

D. “在纠纷解决之前,你们双方必须维持土地利用的现状。”

6. (2008-1-26)<sup>④</sup>根据《土地管理法》的规定,关于土地权益的纠纷,下列哪一选项是错误的?

A. 村民甲与村卫生所发生土地使用权争议,协商不成可找乡政府处理,对乡政府处理决定不服还可向法院起诉

B. 村民乙与邻居发生宅基地纠纷,应先向县土地主管部门申请行政调处,对调处决定不服的,可以土地主管部门为被告向法院提起行政诉讼

C. 村民丙因土地承包经营权与村委会发生纠纷,协商调解不成可向农村土地承包仲裁机构申请仲裁,对仲裁裁决不服还可以向法院起诉

D. 村民丁因擅自占地建房被县土地主管部门处罚,如对行政处罚决定不服可以向法院提起行政诉讼

7. (2009-1-28)<sup>⑤</sup>关于承包经营集体土地可以从事的生产活动,下列哪一选项符合《土地管理法》规定?

A. 种植业、林业

B. 种植业、林业、畜牧业

C. 种植业、林业、畜牧业、渔业

D. 种植业、林业、畜牧业、渔业、农产品加工业

① B。

② ABCD。

③ C。

④ B。

⑤ C。



## 第十一讲 建设用地制度

### 考点一 建设用地管理

#### 重点法条

##### 《土地管理法》

第三十七条 禁止任何单位和个人闲置、荒芜耕地。已经办理审批手续的非农业建设占用耕地，一年内不用而又可以耕种并收获的，应当由原耕种该幅耕地的集体或者个人恢复耕种，也可以由用地单位组织耕种；一年以上未动工建设的，应当按照省、自治区、直辖市的规定缴纳闲置费；连续二年未使用的，经原批准机关批准，由县级以上人民政府无偿收回用地单位的土地使用权；该幅土地原为农民集体所有的，应当交由原农村集体经济组织恢复耕种。

在城市规划区范围内，以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的闲置土地，依照《中华人民共和国城市房地产管理法》的有关规定办理。

承包经营耕地的单位或者个人连续二年弃耕抛荒的，原发包单位应当终止承包合同，收回发包的耕地。

第四十三条 任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。

前款所称依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征用的原属于农民集体所有的土地。

第四十五条 征收下列土地的，由国务院批准：

- （一）基本农田；
- （二）基本农田以外的耕地超过 35 公顷的；
- （三）其他土地超过七十公顷的。

征收前款规定以外的土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准，并报国务院备案。征收农用地的，应当依照本法第四十四条的规定先行办理农用地转用审批。其中，经国务院批准农用地转用的，同时办理征地审批手续。不再另行办理征地审批；经省、自治区、直辖市人民政府在征地批准权限内批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批，超过征地批准权限的，应当依照本条第一款的规定另行办理征地审批。

第五十七条 建设项目施工和地质勘查需要临时使用国有土地或者农民集体所有的土地的，由县级以上人民政府土地行政主管部门批准。其中，在城市规划区内的临时用地，在报批前，应当先经有关城市规划行政主管部门同意。土地使用者应当根据土地权属，与





有关土地行政主管部门或者农村集体经济组织、村民委员会签订临时使用土地合同，并按照合同的约定支付临时使用土地补偿费。

临时使用土地的使用者应当按照临时使用土地合同约定的用途使用土地，并不得修建永久性建筑物。

临时使用土地期限一般不超过二年。

### 考点解析

我国将建设用地分为国家建设用地和乡村建设用地。

#### （一）国家建设用地

##### 1. 土地征收审批权限

征收下列土地的，由国务院批准：

- （1）基本农田；
- （2）基本农田以外的耕地超过 35 公顷的；
- （3）其他土地超过 70 公顷的。

征收前款规定以外的土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准，并报国务院备案。

征收农用地的，应当依照《土地管理法》第 44 条的规定先行办理农用地转用审批。其中，经国务院批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批；经省、自治区、直辖市人民政府在征地批准权限内批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批，超过征地批准权限的，应当依照本条第一款的规定另行办理征地审批。

注意：只能是省级以上的，才有征收权利。

##### 2. 土地征收补偿制度

征收土地的，按照被征收土地的原用途给予补偿。征收耕地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。

征收耕地的土地补偿费，为该耕地被征收前三年平均年产值的 6 至 10 倍。征收耕地的安置补助费，按照需要安置的农业人口数计算。需要安置的农业人口数，按照被征收的耕地数量除以征地前被征收单位平均每人占有耕地的数量计算。每一个需要安置的农业人口的安置补助费标准，为该耕地被征收前三年平均年产值的 4~6 倍。但是，每公顷被征收耕地的安置补助费，最高不得超过被征收前 3 年平均年产值的 15 倍。

征收其他土地的土地补偿费和安置补助费标准，由省、自治区、直辖市参照征收耕地的土地补偿费和安置补助费的标准规定。

被征收土地上的附着物和青苗的补偿标准，由省、自治区、直辖市规定。

征收城市郊区的菜地，用地单位应当按照国家有关规定缴纳新菜地开发建设基金。

支付的土地补偿费和安置补助费，尚不能使需要安置的农民保持原有生活水平的，经省、自治区、直辖市人民政府批准，可以增加安置补助费。但是，土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征收前 3 年平均年产值的 30 倍。

补偿方案确立后，有关人民政府应该公告，听取被征地的农村集体经济组织和农民意见。



### 3. 禁止闲置荒芜耕地

(1) 已经办理审批手续的非农业建设占用耕地, 1 年内不用而又可以耕种并收获的, 应当由原耕种该幅耕地的集体或者个人恢复耕种, 也可以由用地单位组织耕种;

(2) 1 年以上未动工建设的, 应当按照省、自治区、直辖市的规定缴纳闲置费;

(3) 连续 2 年未使用的, 经原批准机关批准, 由县级以上人民政府无偿收回用地单位的土地使用权; 该幅土地原为农民集体所有的, 应当交由原农村集体经济组织恢复耕种;

(4) 在城市规划区范围内, 以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的闲置土地, 依照《中华人民共和国城市房地产管理法》的有关规定办理;

(5) 承包经营耕地的单位或者个人连续 2 年弃耕抛荒的, 原发包单位应当终止承包合同, 收回发包的耕地。

### (二) 乡镇、村建设用地

1. 兴办企业的, 乡级以上人民政府土地管理部门提出申请, 县级以上人民政府批准。占农用地的, 依法办理农用地转用审批手续, 兴办企业用地, 不得超过法律规定的控制标准。

2. 建设公用设施, 公益事业用地的, 先经乡(镇)人民政府审核, 再按照兴办企业的程序审批。

3. 宅基地: 分配取得, 无偿、无期限, 有身份限制(是指依法经审批由农村集体经济组织无偿分配给其内部集体经济组织成员用于建造住宅的集体土地使用权), 建设自用房屋, 一户一宅。

4. 农村村民一户只能拥有一处宅基地, 且宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

5. 农村村民建住宅, 应当符合乡(镇)土地利用总体规划, 并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。

6. 农村村民住宅用地, 经乡(镇)人民政府审核, 由县级人民政府批准(注意: 都是人民政府); 其中, 涉及占用农用地的, 依照规定办理审批手续。

### (三) 临时建设用地

建设项目施工和地质勘查需要临时使用国有土地或者农民集体所有土地的, 属于临时建设用地。注意以下几点:

1. 根据土地权属, 与有关土地性征主管部门或者农村集体经济组织、村民委员会签订临时使用土地合同。

2. 在城市规划区内的临时用地, 报批前, 应当先经有关城市规划行政主管部门同意。

3. 使用土地的合同, 并按照临时使用合同约定的用途使用土地并支付费用。

4. 用途限制: 不得修建永久性建筑。

5. 时间期限: 临时使用土地的期限一般不得超过 2 年。

### 真题演练

1. (2004-1-26)<sup>①</sup> 对于已经办理审批手续但未使用的非农业建设占用耕地的处理, 下列表述哪一项是正确的?

<sup>①</sup> D。



A. 审批后 1 年内不用的, 应当按照省、自治区、直辖市的规定缴纳闲置费  
B. 审批后 1 年以上未动工建设的, 应当由原耕种该幅耕地的集体或个人恢复耕种  
C. 审批后连续 2 年未使用的, 或者间断使用, 累计闲置达 3 年的, 由县级以上人民政府无偿收回用地单位的土地使用权

D. 依法由县级以上人民政府无偿收回土地使用权的土地, 原为农民集体所有的, 应当交由该集体恢复耕种

2. (2004-1-87)<sup>①</sup> 某县政府以“振兴本县经济”为由, 在土地利用总体规划以外, 批准征用农用地 15 公顷 (包括基本农田 5 公顷), 供该县经济开发总公司建设工业园区。对该批准行为的下列表述何者为正确?

A. 县政府无权批准征用基本农田, 也无权批准该宗农用地转为建设用地  
B. 县政府无权批准征用基本农田, 但有权批准该宗农用地除去基本农田以外的部分转为建设用地  
C. 县政府可以先将该基本农田转为一般农用地, 然后批准该宗农用地转为建设用地  
D. 县政府可以先修改土地利用总体规划, 然后在该规划范围内批准该宗农用地除去基本农田以外的部分转为建设用地

3. (2005-1-72)<sup>②</sup> 下列建设用地项目哪些应当由国务院批准?

A. 开发未确定使用权的国有荒山 200 公顷, 从事林业生产  
B. 征用集体所有的荒滩 100 公顷, 用于兴建高尔夫球场和度假村  
C. 经省人民政府批准的道路建设项目, 涉及农用地转为建设用地  
D. 经直辖市人民政府批准的教育项目, 需征用基本农田以外的耕地 200 公顷

4. (2006-1-21)<sup>③</sup> 《土地管理法》规定, 国家实行占用耕地补偿制度。下列关于这一制度的哪一表述是错误的?

A. 因非农业建设占用耕地的, 占用单位应承担占用补偿义务, 负责开垦与所占用耕地的数量和质量相当的耕地  
B. 国家批准的重点建设项目占用耕地的, 占用单位不承担占用补偿义务  
C. 没有条件开垦的占用单位, 应当按规定缴纳耕地开垦费  
D. 占用单位开垦耕地, 应按照省级人民政府制定的开垦计划进行

5. (2007-1-27)<sup>④</sup> 某建设项目进行地质勘查, 需要临时使用赵村的集体土地。用地单位就此向李律师咨询。李律师的下列哪一意见是正确的?

A. 该临时用地应由乡 (镇) 级以上人民政府批准  
B. 用地单位应当与赵村的村民委员会签订临时使用土地合同, 并支付临时使用土地补偿费

C. 用地单位可以在地质勘查中修建永久性建筑物, 但应当取得赵村同意并支付相应费用  
D. 临时使用土地的期限一般不超过 5 年

6. (2009-1-74)<sup>⑤</sup> 根据《土地管理法》规定, 在下列哪些情况下使用集体土地从

① A。  
② BCD。  
③ B。  
④ B。  
⑤ ABCD。

事建设不需要经过国家征收？

- A. 兴办乡镇企业
- B. 村民建设住宅
- C. 乡村公共设施建设
- D. 乡村公益事业建设

## 考点二 房地产交易

### 重点法条

#### 《城市房地产管理法》

第二条 在中华人民共和国城市规划区国有土地（以下简称国有土地）范围内取得房地产开发用地的土地使用权，从事房地产开发、房地产交易，实施房地产管理，应当遵守本法。

本法所称房屋，是指土地上的房屋等建筑物及构筑物。

本法所称房地产开发，是指在依据本法取得国有土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。

本法所称房地产交易，包括房地产转让、房地产抵押和房屋租赁。

第三十条 房地产开发企业是以营利为目的，从事房地产开发和经营的企业。设立房地产开发企业，应当具备下列条件：

- （一）有自己的名称和组织机构；
- （二）有固定的经营场所；
- （三）有符合国务院规定的注册资本；
- （四）有足够的专业技术人员；
- （五）法律、行政法规规定的其他条件。

设立房地产开发企业，应当向工商行政管理部门申请设立登记。工商行政管理部门对符合本法规定条件的，应当予以登记，发给营业执照；对不符合本法规定条件的，不予登记。

设立有限责任公司、股份有限公司，从事房地产开发经营的，还应当执行公司法的有关规定。

房地产开发企业在领取营业执照后的一个月内，应当到登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。

房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。

第三十七条 房地产转让，是指房地产权利人通过买卖、赠与或者其他合法方式将其房地产转移给他人的行为。

第三十八条 下列房地产，不得转让：

- （一）以出让方式取得土地使用权的，不符合本法第三十九条规定的条件的；
- （二）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；
- （三）依法收回土地使用权的；
- （四）共有房地产，未经其他共有人书面同意的；
- （五）权属有争议的；





- (六) 未依法登记领取权属证书的；
- (七) 法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

第三十九条 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：

- (一) 按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；
- (二) 按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。

转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

第四十五条 商品房预售，应当符合下列条件：

- (一) 已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；
- (二) 持有建设工程规划许可证；
- (三) 按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的百分之二十五以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；

(四) 向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明。

商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。

商品房预售所得款项，必须用于有关的工程建设。

第四十七条 房地产抵押，是指抵押人以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，抵押权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先受偿。

第四十八条 依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。

以出让方式取得的土地使用权，可以设定抵押权。

第五十二条 房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

## 考点解析

### (一) 房地产的转让

#### 1. 不得转让的房地产的范围

- (1) 以出让方式取得土地使用权，不符合转让房地产条件的；
- (2) 司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；
- (3) 依法收回土地使用权的；
- (4) 共有房地产，未经其他共有人书面同意的；
- (5) 权属有争议的；
- (6) 未依法登记领取权属证书的；
- (7) 法律、法规规定禁止转让的；

#### 2. 以出让方式取得土地使用权的转让条件

- (1) 按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；
- (2) 按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的25%以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或其他建设用地条件（“一金一投资一证





书”);

(3) 出让合同的效力及转让后继受取得土地使用权的用地者。房地产转让时, 土地使用权出让合同载明的权利、义务随之转移;

(4) 以出让方式取得土地使用权的, 转让房地产后, 其土地使用权的使用年限为原土地使用权出让合同约定的使用年限减去原土地使用者已经使用年限后的剩余年限。

### 3. 商品房预售条件

商品房预售, 应当符合下列条件:

- (1) 已支付全部土地使用权出让金, 取得土地使用权证书;
- (2) 持有建设工程规划许可证;
- (3) 按提供预售的商品房计算, 投入开发建设的资金达到工程建设总投资的 25% 以上, 并已经确定施工进度和竣工交付日期;
- (4) 向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记, 取得商品房预售许可证明;
- (5) 商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门登记备案;
- (6) 商品房预售所得款项, 必须用于有关的工程建设 (“三证一投资加备案” )。

## (二) 房地产抵押

我国不动产物权法的一个重要原则: 房地一体主义。所谓房地一体主义, 即房地产转让、抵押实现时, 房屋所有权的权利移转效力及于该房屋占用范围的土地使用权。

1. 可抵押的房地产。依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权, 可以设定抵押权。

2. 新增地上物处置。房地产抵押合同签订后, 土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时, 可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖, 但对拍卖新增房屋所得, 抵押权人无权优先受偿。

3. 设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的, 依法拍卖该房地产后, 应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后, 抵押权人方可优先受偿 ( 划拨取得的土地使用权抵押的, 抵押权人的优先受偿权后于土地使用权出让金)。

## (三) 房屋租赁

1. 注意房屋租赁合同应向房产管理部门登记备案, 这与房地产转让合同无须登记备案不同。

2. 特别应予掌握的是: 房屋租赁合同登记仅为备案性质, 而非房屋租赁合同之生效要件, 故此处合同登记并不属于《合同法》第 44 条第 2 款之情形。

3. 我国有些地方性的地方性法规、地方政府规章及建设部的部门规章规定: 城市房屋租赁合同不经登记, 不生效力。据《合同法》第 52 条第 1 款第 5 项之规定精神, 这些规定直接违反了《合同法》第 52 条之规定, 应属无效 ( 参见《合同法解释 ( 一) 》第 4 条)。这些地方性法规、地方政府规章及部门规章之规定亦与本法第 53 条规定精神不符: 房屋租赁合同登记是备案性质, 而非合同之生效要件。

4. 划拨土地上的房屋租赁, 房屋所有权人应当将租金中所含土地收益上缴国家。

## (四) 房地产权属登记

1. 初始登记: 以出让或者划拨方式取得土地使用权, 应当向县级以上地方人民政府



土地管理部门申请登记，经县级以上地方人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府颁发土地使用权证书。

在依法取得的房地产开发用地上建成房屋的，应当凭土地使用权证书向县级以上地方人民政府房产管理部门申请登记，由县级以上地方人民政府房产管理部门核实并颁发房屋所有权证书。

2. 变更登记：房地产转让或者变更时，应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记，经同级人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府更换或者更改土地使用权证书。

3. 房地产抵押登记：房地产抵押时，应当向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记。

### 真题演练

1. (2005-1-76)<sup>①</sup> 下列有关房地产开发企业设立的说法，哪些是正确的？

- A. 房地产开发企业可以是有限责任公司、股份有限公司
- B. 设立房地产开发企业，应当向房地产管理部门和工商管理部门申请设立登记
- C. 房地产开发企业的注册资本标准，适用国务院的规定
- D. 没有足够的专业技术人员，不得设立房地产开发企业

2. (2003-1-16)<sup>②</sup> 甲公司通过划拨方式取得了国有土地使用权，在该土地上建成了一栋房屋，并将该房屋出租给乙公司，每月得租金1万元。后被土地管理部门发现。下列哪一选项是对甲公司的行为和取得的租金收入进行恰当处置的方式？

- A. 房屋租赁合同无效，甲公司应先补交土地使用权出让金，然后再出租房屋，已取得的租金予以没收
- B. 房屋租赁合同有效，已取得的租金归甲公司，但甲公司应另行向国家缴纳土地租金
- C. 房屋租赁合同有效，已取得的租金归甲公司，但甲公司应将租金中所含的土地收益上缴国家
- D. 房屋租赁合同无效，甲公司应补交土地使用权出让金，但已取得的租金归甲公司

3. (2004-1-67)<sup>③</sup> 甲公司与银行签订借款合同，约定甲公司以其自有的流光大厦作为抵押，贷款8000万元。双方办理抵押手续后，银行发放了贷款。现甲公司在流光大厦的土地上新建一幢溢彩楼。有关本案中房地产抵押借款合同的下列说法哪些是正确的？

- A. 甲公司不履行债务时，银行有权将流光大厦单独拍卖，并由所得价款优先受偿
- B. 甲公司在流光大厦的土地上新建的溢彩楼不是抵押财产
- C. 甲公司不按期还款时，银行可以将流光大厦和溢彩楼一同拍卖，但只能由流光大厦拍卖所得的价款优先受偿
- D. 溢彩楼是在建工程，依照法律规定，不得设置抵押，也不得拍卖转让

① ACD。  
② C。  
③ BC。

4. (2009-1-76)<sup>①</sup> 关于以划拨方式取得土地使用权的房地产转让时适用的《房地产管理法》特殊规定, 下列哪些表述是正确的?

- A. 应当按照国务院规定, 报有批准权的人民政府审批
- B. 有批准权的人民政府准予转让的, 可以决定由受让方办理土地使用权出让手续, 也可以允许其不办理土地使用权出让手续
- C. 办理土地使用权出让手续的, 受让方应缴纳土地使用权出让金
- D. 不办理土地使用权出让手续的, 受让方应缴纳土地使用权转让费, 转让方应当按规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家



---

<sup>①</sup> ABC。

# 第六章 劳动法

## 第十二讲 《劳动合同法》

### 考点一

### 劳动合同法的适用范围

#### 重点法条

第二条 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。

国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

第九十六条 事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。

#### 考点解析

##### 1. 劳动关系的特征

（1）管理隶属性：劳动关系的核心要素是用人单位和劳动者之间存在管理和被管理的关系，劳动者必须服从用人单位的规章制度的规定，在用人单位的管理和规范下从事劳动。

（2）人身依附性：劳动者对用人单位存在着人身上的附属关系，即用人单位不仅要给劳动者支付工资，还要为劳动者办理各种社会保险，包括养老、工伤、医疗、失业、生育等。

（3）主体特定性：劳动关系一方是劳动者，一方是用人单位。

##### 2. 适用劳动合同法调整的劳动者的范围

（1）与中国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织形成劳动关系的劳动者，这里的企业包括各种类型的企业。个体经济组织是指个体工商户。

（2）国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者。国家机关，主要包括与劳动者之间建立劳动合同关系的国家行政、立法和司法机关；事业组织，包括文化、教育、卫生、科研等非营利性单位以及企业化管理的事业单位。社会团体，包括各



行业协会、学会、研究会、基金会、商会等民间组织。

(3) 实行企业化管理的事业组织的人员适用劳动合同法。

### 3. 不适用劳动合同法的情形：

(1) 公务员和比照公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，不适用劳动合同法。

(2) 农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用劳动合同法。

### 4. 注意区别记忆劳动合同法与劳动法关于调整范围规定的不同。

(1) 劳动合同法在劳动法的基础上，扩大了适用范围。不但增加了民办非企业单位（例如民办高校）等组织作为用人单位还将事业单位聘用制工作人员也纳入本法调整。另外，本法还对非全日制用工作了专门规定。

(2) 除规范正常的劳动合同用工外，劳动合同法还对劳务派遣、非全日制用工作了规定，尽可能地扩大法的调整范围。考虑到劳动合同法是规范用人单位劳动者之间订立劳动合同的法律规范，所以，对家庭雇工、兼职人员、返聘的离退休人员等未做规定。

## 考点二

## 劳动合同的类型和必要条款

### 重点法条

第十二条 劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

第十三条 固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同。

第十四条 无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；

（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

第十五条 以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

第十七条 劳动合同应当具备以下条款：



- (一) 用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；
- (二) 劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；
- (三) 劳动合同期限；
- (四) 工作内容和工作地点；
- (五) 工作时间和休息休假；
- (六) 劳动报酬；
- (七) 社会保险；
- (八) 劳动保护、劳动条件和职业危害防护；
- (九) 法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

**第十九条** 劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。

试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

**第二十条** 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

**第二十一条** 在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

**第二十二条** 用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

**第二十三条** 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

**第二十四条** 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从





事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

第二十五条 除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

## 考点解析

### （一）劳动合同的种类

用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同（例如建筑业合同）（重点：无固定期限劳动合同）。

无固定期限劳动合同的订立：

1. 协商订立：用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。

2. 法定强制：有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：①劳动者在该用人单位连续工作满10年的；②用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满10年且距法定退休年龄不足10年的（“双十”）；③连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者无劳动合同法第39条和第40条第一项、第二项规定的情形（单位享有法定解除权的情形，劳动者有过错；以及非工伤和不胜任工作两种情形），续订劳动合同的。

3. 还有一种推定签订，即视为无固定期限的劳动合同：超过一年不签书面合同，视为签订了无固定期限合同。

用人单位自用工之日起满1年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。同时，在法律责任中规定：用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

### （二）劳动合同应当具备的条款

#### 1. 法定条款

法定条款包括：①用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；②劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；③劳动合同期限；④工作内容和工作地点；⑤工作时间和休息休假；⑥劳动报酬；⑦社会保险；⑧劳动保护、劳动条件和职业危害防护；⑨法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

此外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

#### 2. 任意条款

（1）试用期条款：劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过6个月。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满3个月的，不得约定试用期。试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳



劳动合同期限。劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%或者劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准，否则不足并支付赔偿金。

在试用期中，除劳动者有不符合录用条件、有违规违纪违法行为，不能胜任工作等情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

(2) 违约金条款：适用对象：除下述的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

① 涉及培训的：用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。（包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。）用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

劳动合同期满，但是用人单位与劳动者约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。

用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

② 涉及保密的：用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过2年。

### 考点三 劳动合同的订立和效力

#### 重点法条

第七条 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。

第八条 用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地



点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

第九条 用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

第十条 建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

第十六条 劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。

劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

第二十六条 下列劳动合同无效或者部分无效：

（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

（三）违反法律、行政法规强制性规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

第二十七条 劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

## 考点解析

### （一）劳动合同的订立

1. 订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

2. 主体合法：劳动者年满16周岁，有劳动权利能力和劳动行为能力。例外：文艺、体育和特种工艺单位可以招用未满16周岁的未成年人，而且必须履行审批手续，并保障其接受义务教育。

3. 双方的先合同义务和后合同义务

（1）双方的先合同义务：①用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。②用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

（2）双方的后合同义务：用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在15日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办理工作交接时支付。用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存2年备查。劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，劳动者也要遵守。

4. 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

5. 已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起1个月内订立书面劳动合同。

6. 用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的, 劳动关系自用工之日起建立。

用人单位自用工之日起超过1个月但不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的, 应当向劳动者每月支付2倍的工资。

## (二) 劳动合同的效力

1. 劳动合同依法订立即具有法律效力。劳动合同由用人单位与劳动者在合同文本上签字或者盖章生效。劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

2. 劳动合同无效的具体情形: 欺诈、胁迫、乘人之危订立或更改劳动合同; 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的; 违反法律、行政法规强制性规定的。无效包括全部无效和部分无效。(注意: 在合同法中欺诈、威胁是可撤销的合同, 但在劳动合同法中是无效的合同。由于劳动合同法是特别法, 应适用劳动合同法的规定)。

3. 对劳动合同的无效或者部分无效, 由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认, 不能由合同双方当事人决定, 其他任何部门和个人都无权认定无效。

4. 造成劳动合同无效的当事人要承担相应的法律责任。

5. 劳动合同部分无效, 不影响其他部分效力的, 其他部分仍然有效。

## 考点四 劳动合同的解除和终止

### 重点法条

第三十六条 用人单位与劳动者协商一致, 可以解除劳动合同。

第三十七条 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位, 可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位, 可以解除劳动合同。

第三十八条 用人单位有下列情形之一的, 劳动者可以解除劳动合同:

- (一) 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的;
- (二) 未及时足额支付劳动报酬的;
- (三) 未依法为劳动者缴纳社会保险费的;
- (四) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定, 损害劳动者权益的;
- (五) 因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的;
- (六) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的, 或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的, 劳动者可以立即解除劳动合同, 不需事先告知用人单位。

第三十九条 劳动者有下列情形之一的, 用人单位可以解除劳动合同:

- (一) 在试用期间被证明不符合录用条件的;
- (二) 严重违反用人单位的规章制度的;
- (三) 严重失职, 营私舞弊, 给用人单位造成重大损害的;
- (四) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系, 对完成本单位的工作任务造成严重影响, 或者经用人单位提出, 拒不改正的;
- (五) 因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的;
- (六) 被依法追究刑事责任的。





第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

第四十一条 有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

（一）依照企业破产法规定进行重整的；

（二）生产经营发生严重困难的；

（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：

（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；

（二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；

（三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

第四十二条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

（六）法律、行政法规规定的其他情形。

第四十三条 用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：

（一）劳动合同期满的；

（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；

（三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；

（四）用人单位被依法宣告破产的；

（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；





(六) 法律、行政法规规定的其他情形。

第四十五条 劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。但是，本法第四十二条第二项规定丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行。

第四十六条 有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

- (一) 劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；
- (二) 用人单位依照本法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；
- (三) 用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；
- (四) 用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的；
- (五) 除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的；
- (六) 依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；
- (七) 法律、行政法规规定的其他情形。

第四十七条 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

第四十八条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。

第八十七条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

第九十条 劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

第九十一条 用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

## 考点解析

### (一) 劳动合同的解除

#### 1. 协商解除

用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

#### 2. 劳动者单方解除劳动合同

(1) 劳动者单方预告解除。劳动者提前30日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前3日通知用人单位，可以解除劳动合同。

(2) 即时解除。用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：①未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；②未及时足额支付劳动报酬的；③未依法为劳





劳动者缴纳社会保险费的；④用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者合法权益的；⑤因用人单位过错致使劳动合同无效的；⑥法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；用人单位违反法律、行政法规强制性规定的。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

### 3. 用人单位单方解除劳动合同的情形

(1) 即时解除。劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：①在试用期间被证明不符合录用条件的；②严重违反用人单位的规章制度的；③严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的（规章制度）；④劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；⑤因劳动者过错致使劳动合同无效的；⑥被依法追究刑事责任的。

(2) 预告解除。有下列情形之一的，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后（额外支付的工资应当按照该劳动者上一个月工资标准确定），可以解除劳动合同：①劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；②劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；③劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

(3) 经济性裁员。有下列情形之一的，需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的，用人单位提前30日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：①依照企业破产法规定进行重整的；②生产经营发生严重困难的；③企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；④其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列劳动者：①与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；②与本单位订立无固定期限劳动合同的；③家庭无其他就业人员，有需要抚养的老人或者未成年人的。用人单位依法裁减人员，在6个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。未经事先通知工会，单方解除无效。

### 4. 不得解除的情形

劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照《劳动合同法》第40条、第41条的规定解除劳动合同：

(1) 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病



病人在诊断或者医学观察期间的；

- (2) 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；
- (3) 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- (4) 女职工在孕期、产期、哺乳期的；
- (5) 在本单位连续工作满15年，且距法定退休年龄不足5年的；
- (6) 法律、行政法规规定的其他情形。

## （二）劳动合同的终止

劳动合同终止的具体情形：

1. 劳动合同期满的；
2. 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；
3. 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
4. 用人单位被依法宣告破产的；
5. 用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；
6. 法律、行政法规规定的其他情形。

## （三）劳动合同解除和终止的经济补偿

### 1. 补偿的法定情形

有下列情形之一的，用人单位应向劳动者支付经济补偿：

- (1) 劳动者依法即时解除劳动合同；
- (2) 用人单位向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；
- (3) 用人单位依法预告解除劳动合同的；
- (4) 用人单位依法进行经济性裁员解除劳动合同的；
- (5) 除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，劳动合同期满依法终止固定期限劳动合同的；

(6) 用人单位被依法宣告破产和用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散时终止劳动合同的。

### 2. 补偿的标准

(1) 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满1年支付1个月工资的标准向劳动者支付。6个月以上不满1年的，按1年计算；不满6个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

(2) 劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资3倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资3倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过12年。

(3) 所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资。

## 考点五 集体合同

### 重点法条

第五十一条 企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、



休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。

集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。

第五十二条 企业职工一方与用人单位可以订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同。

第五十三条 在县级以下区域内，建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会与企业方面代表订立行业性集体合同，或者订立区域性集体合同。

第五十四条 集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。

依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

第五十五条 集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准；用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。

第五十六条 用人单位违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求用人单位承担责任；因履行集体合同发生争议，经协商解决不成的，工会可以依法申请仲裁、提起诉讼。

## 考点解析

### 1. 集体合同的概念和特征

(1) 集体合同是由工会或职工推荐的代表代表职工一方与用人单位就集体劳动关系中全体劳动者的最低劳动条件、劳动标准等事项在平等协商一致的基础上达成的协议。

(2) 集体合同的突出特点是合同的主体一方是作为劳动者团体组织的工会或是职工推荐的代表。建立有工会的，主体一方不允许是职工推荐的代表；没有建立工会的，才能是职工推荐的代表。

(3) 集体合同适用于企业和实行企业化管理的事业单位及其全体职工。

(4) 集体合同必须采用书面形式。

(5) 集体合同的效力高于劳动合同的效力。

### 2. 集体合同的订立和生效

(1) 企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。

(2) 集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起15日内未提出异议的，集体合同即行生效。依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。

注意：签订后并不马上生效，必须要报送劳动行政部门，劳动行政部门自收到集体合同之日起15日内未提出异议的，集体合同生效。集体合同一经生效，不管职工在合同订立时赞成与否，对企业及全体职工均具约束力。注意：针对集体合同生效时间，应在确定

的劳动行政部门收到集体合同之日的基础上加 15 天，以加算结果对应的那一天为合同生效日期。

(3) 还可以订立专项集体合同、行业性集体合同、区域性集体合同。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

(4) 集体合同中的劳动报酬、劳动条件：不得低于当地人民政府规定的最低标准，用人单位与劳动者订立的劳动合同中的报酬和条件不得低于集体合同规定的标准。

## 考点六 劳务派遣和其他用工形式

### 重点法条

第五十八条 劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明本法第十七条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

第五十九条 劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。

用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

第六十条 劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。

劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。

劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

第六十一条 劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件，按照用工单位所在地的标准执行。

第六十二条 用工单位应当履行的义务

- (一) 执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；
- (二) 告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；
- (三) 支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；
- (四) 对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；
- (五) 连续用工的，实行正常的工资调整机制。

用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

第六十三条 被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

第六十四条 被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，维护自身的合法权益。

第六十五条 被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。





被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。

第六十六条 劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

第六十七条 用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

第六十八条 非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

第六十九条 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

第七十条 非全日制用工双方当事人不得约定试用期。

第七十一条 非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

第七十二条 非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。

非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

第九十二条 劳务派遣单位违反本法规定的，由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正；情节严重的，以每人一千元以上五千元以下的标准处以罚款，并由工商行政管理部门吊销营业执照；给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

## 考点解析

### （一）劳务派遣

#### 1. 劳务派遣的含义及适用对象

（1）劳务派遣是指派遣单位根据要派单位（即实际用工单位）的要求，与要派单位签订派遣协议，将与之建立劳动合同关系的劳动者派往要派单位，受派劳动者在要派单位的指挥和管理下提供劳动，派遣单位从要派单位获取派遣费，并向派遣劳动者支付劳动报酬的一种特殊劳动关系。

（2）适用对象：在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

#### 2. 劳务派遣单位义务

（1）设立条件：劳务派遣单位注册资本不得少于50万元。

（2）订立劳动合同：劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明《劳动合同法》第17条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立2年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。





### 3. 用工单位应当履行下列义务

- (1) 执行国家劳动标准, 提供相应的劳动条件和劳动保护;
- (2) 告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬;
- (3) 支付加班费、绩效奖金, 提供与工作岗位相关的福利待遇;
- (4) 对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训;
- (5) 连续用工的, 实行正常的工资调整机制;
- (6) 用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位;
- (7) 被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的, 参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定;
- (8) 劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施;
- (9) 用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

### 4. 连带责任

劳务派遣单位违反本法规定, 给被派遣劳动者造成损害的, 劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

劳务派遣单位违反本法规定的, 由主管部门责令改正; 情节严重的, 按每一名劳动者1000元以上5000元以下的标准处以罚款, 并由工商行政管理部门吊销营业执照。被派遣劳动者权益受到损害的, 由劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任。

## (二) 非全日制用工

### 1. 含义

俗称小时工, 是指以小时计酬为主, 劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时, 每周工作时间累计不超过24小时的用工形式。

### 2. 特殊规定

(1) 非全日制用工可以订立口头协议。从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同; 但是, 后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

(2) 非全日制用工不得约定试用期。

(3) 非全日制用工双方当事人任何一方均可随时通知对方终止用工。终止用工不支付经济补偿。

(4) 非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日。

## 考点七 劳动基准法

### 重点法条

#### 《劳动法》

第三十六条 国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。

第三十七条 对实行计件工作的劳动者, 用人单位应当根据本法第三十六条规定的工





时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。

第三十八条 用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。

第四十一条 用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。

第四十二条 有下列情形之一的，延长工作时间不受本法第四十一条规定的限制：

（一）发生自然灾害、事故或者因其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的；

（二）生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的；

（三）法律、行政法规规定的其他情形。

第四十四条 有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；

（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；

（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬

第四十五条 国家实行带薪年休假制度。

劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年休假。具体办法由国务院规定。

## 考点解析

### （一）工作时间和休息休假制度

1. 工作时间制度：工作时间又称劳动时间。我国的标准工作时间为劳动者每日工作8小时，每周工作44小时，用人单位应该至少保证劳动者每周休息1日。因为生产特点不能实行标准工作制的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。

2. 休息休假制度：国家实行带薪年休假制度，劳动者连续工作1年以上的，享受带薪年假。

3. 加班制度：

（1）一般情况下的延长工作时间：由于生产经营的需要延长工作时间，须与工会和劳动者协商并获得同意，同时受延长工作时间的时数限制。一般每天加班不得超过1小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下，每日不得超过3小时；每月合计不得超过36小时。

（2）禁止规定：禁止安排未成年工、怀孕7个月以上的女职工和哺乳未满1周岁婴儿的女职工延长工作时间。

（3）加班的工资标准：安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的150%的工资报酬；休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的200%的工资报酬；法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的300%的工资报酬。

（4）法定休假日全年一共11天。包括：①新年，放假一天（1月1日）；②春节，放假三天（农历除夕、正月初一和初二）；③清明节，放假一天（农历清明节当日）；④劳动节，放假一天（5月1日）；⑤端午节，放假一天（农历端午当日）；⑥中秋节，放假一

天（农历中秋当日）；⑦国庆节，放假三天（10月1日、2日、3日）。

## （二）工资法律制度

工资是用人单位支付给劳动者的劳动报酬，用人单位支付给劳动者的社会保险福利费用，如计划生育补贴、劳动保护方面的费用、按照规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入，如发明创造奖等，不属于工资范围。这部分内容的考试主要针对工资保障，注意以下内容：

1. 工资应以货币形式按月支付，不得以实物或者有价证券代替货币支付；
2. 劳动者依法享受年休假、探亲假、婚丧假期间，以及依法参加社会活动期间，用人单位应按照劳动合同约定的标准支付工资；
3. 劳动者在试用、熟练、见习期间，在法定工作时间内提供了正常劳动的，用人单位应支付其不低于最低工资标准的工资；
4. 在劳动合同中，约定劳动者在未完成劳动定额或者承包任务的情况下，用人单位可以低于最低工资标准支付劳动者工资的条款不具有法律效力；
5. 职工患病或者非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内，支付给其的病假工资或者疾病救济费，可以低于当地最低工资支付标准；
6. 上述“最低工资”不包括延长工作时间的工资报酬，以货币形式支付给劳动者的各种补贴、津贴，以及按照国家规定的社会保险福利待遇。

### 真题演练

1. (2003-1-14)① 下列哪一事项所形成的法律关系由劳动法调整？
  - A. 甲厂职工陈某操作机器时不慎将参观的客户蒋某致伤，蒋某要求陈某赔偿
  - B. 汪某因身高不足1.70米而被乙厂招聘职工时拒绝录用，汪某欲告乙厂
  - C. 丙公司与劳务输出公司就30名外派劳务人员达成的协议
  - D. 丁公司为其职工购房向银行提供的担保
2. (2005-1-66)② 根据劳动法的规定，下列有关工作时间的说法，哪些是正确的？
  - A. 我国实行劳动者每日工作时间不超过8小时，平均每周工作时间不超过44小时的制度
  - B. 用人单位应当保证劳动者每周休息2日
  - C. 用人单位不能实行法定工作时间，需要实行其他工作时间的，必须经过劳动行政部门的批准
  - D. 用人单位因生产经营需要而延长工作时间的，应当与工会和劳动者协商，而且一般不得超过1小时
3. (2007-1-26)③ 在下列哪种情况下，用人单位延长劳动者工作时间应受到《劳动法》有关限制性规定的约束？
  - A. 发生自然灾害、事故或者其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的

① B。  
② ACD。  
③ D。





- B. 生产设备发生故障,影响生产和公众利益,必须及时抢修的
- C. 交通运输线路、公共设施发生故障,影响生产和公众利益,必须及时抢修的
- D. 用人单位取得大量订单,为了在短期内完成交货,必须组织突击生产的

4. (2004-1-28)<sup>①</sup> 王某的日工资为80元。2004年5月1日至7日,根据政府规定放假7天,其中3天属于法定假日,4天属于前后两周的周末公休日。公司安排王某在这7天加班。根据劳动法的规定,公司除应向王某支付每日80元的工资外,还应当向王某支付多少加班费?

- A. 560元
- B. 800元
- C. 1120元
- D. 1360元

5. (2009-1-72)<sup>②</sup> 东星公司新建的化工生产线在投入生产过程中,下列哪些行为违反《劳动法》规定?

- A. 安排女技术员参加公司技术攻关小组并到位于地下的设备室进行检测
- B. 在防止有毒气体泄漏的预警装置调试完成之前,开始生产线的试运行
- C. 试运行期间,从事特种作业的操作员已经接受了专门培训,但未取得相应的资格证书

D. 试运行开始前,未对生产线上的员工进行健康检查

6. (2006-1-74)<sup>③</sup> 下列关于社会保险基金的哪些表述符合《劳动法》的规定?

A. 国家设立社会保险基金,是为了使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿

- B. 用人单位和劳动者都必须缴纳社会保险费
- C. 劳动者死亡后,其遗属依法享受社会保险基金支付的遗属津贴
- D. 社会保险基金的经办机构负有使社会保险基金保值增值的责任

7. (2004-1-99~100) 某建筑公司拖欠30位民工的工资达半年,民工反复索要无果,遂向当地劳动行政主管部门投诉。在调查处理过程中,公司提出有个别民工偷窃和毁坏设备,但查不出何人所为,所以让全体民工承担连带责任,以工资抵偿损失。请回答第99~100题。

99. <sup>④</sup> 对于民工请求,劳动行政主管部门可以作出下列何种决定?

- A. 告知民工直接向人民法院提起诉讼
- B. 责令公司支付所欠民工工资
- C. 将案件提交劳动争议仲裁委员会仲裁
- D. 对公司提出警告、责令改正、处以罚款

100. <sup>⑤</sup> 对于建筑公司的主张,劳动行政主管部门应如何认定?

- A. 公司让全体民工对偷窃和毁坏设备者造成的损失承担连带责任,于法无据
- B. 全体民工有义务与公司协商确定赔偿损失的数额
- C. 偷窃和毁坏设备事件与民工工资无关,应循其他合法途径另行解决

- ① B。
- ② BC。
- ③ ABCD。
- ④ B。
- ⑤ AC。



D. 全体民工有义务查出偷窃和毁坏设备者，查出前可暂扣部分工资作为保证

8. (2005-1-20)<sup>①</sup> 某建筑工程队低价招用 20 名学徒工，合同中规定他们每天必须从事高空作业或繁重搬运工作，否则不能结算当月工资。用工当月，工程队因违反安全施工规定造成事故，致使学徒工多人伤亡。有关部门经调查发现这些学徒工均是不满 15 周岁的边远地区农民子弟。对此，劳动行政部门拟采取的下列哪一项措施不符合法律规定？

- A. 责令雇主解除劳动合同，遣返这批学徒工
- B. 责令雇主承担遣返费用，并给予经济补偿
- C. 收缴雇主在非法用工期间的经营所得
- D. 告知事故受害者及其家属向雇主索赔的权利，并协助他们向雇主索赔

9. (2008-1-70)<sup>②</sup> 关于当事人订立无固定期限劳动合同，下列哪些选项是符合法律规定的？

- A. 赵某到某公司应聘，提议在双方协商一致的基础上订立无固定期限劳动合同
- B. 王某在某公司连续工作满十年，要求与该公司签订无固定期限劳动合同
- C. 李某在某国有企业连续工作满十年，距法定退休年龄还有十二年，在该企业改制重新订立劳动合同时，主张企业有义务与自己订立无固定期限劳动合同
- D. 杨某在与某公司连续订立的第二次固定期限劳动合同到期，公司提出续订时，杨某要求与该公司签订无固定期限劳动合同

10. (2009-1-71)<sup>③</sup> 2009 年 2 月，下列人员向所在单位提出订立无固定期限劳动合同，哪些人具备法定条件？

- A. 赵女士于 1995 年 1 月到某公司工作，1999 年 2 月辞职，2002 年 1 月回到该公司工作
- B. 钱先生于 1985 年进入某国有企业工作。2006 年 3 月，该企业改制成为私人控股的有限责任公司，年满 50 岁的钱先生与公司签定了三年期的劳动合同
- C. 孙女士于 2000 年 2 月进入某公司担任技术开发工作，签定了为期三年、到期自动续期三年且续期次数不限的劳动合同。2009 年 1 月，公司将孙女士提升为技术部副经理
- D. 李先生原为甲公司的资深业务员，于 2008 年 2 月被乙公司聘请担任市场开发经理，约定：先签定一年期合同，如果李先生于期满时提出请求，可以与公司签定无固定期限劳动合同

11. (2006-1-75)<sup>④</sup> 某公司的高层会议上，总经理提出在全公司的劳动合同中增加保守商业秘密条款，但董事长认为公司章程中已设立保密条款，不必在劳动合同中另加约定。某律师在为此提供的咨询意见中，对公司法规定的保密义务与劳动法规定的保密义务的区别有下列表述，其中哪些符合相关法律的规定？

- A. 前一种义务仅适用于董事、高级管理人员，而后一种义务适用于一般劳动者
- B. 前一种义务属于法定义务，后一种义务属于约定义务
- C. 前一种义务是无偿义务，后一种义务是有偿义务
- D. 违反前一种义务承担赔偿责任，违反后一种义务仅承担行政责任

① C。  
② ABD。  
③ BCD。  
④ AB。



12. (2003-1-50)<sup>①</sup> 某公司欲解除与职工李某之间的劳动合同,其所提出的如下解约理由或做法中,哪些是有法律依据的?

- A. 李某经过培训仍不能胜任现工作
- B. 李某不满 25 周岁而结婚,违反了公司关于男职工满 25 周岁才能结婚的规定
- C. 公司因严重亏损而决定裁员,因此解除与李某的劳动合同
- D. 李某非因公出车祸受伤住院,公司向李某送去 3 个月工资并通知其解除劳动合同

13. (2005-1-19)<sup>②</sup> 某民办科研所与技术员周某签订劳动合同,约定由周某承担科研所的一个产品开发项目。开发过程中,由于资金缺乏,项目被迫下马。科研所决定与周某解除劳动关系。对此,该单位法律顾问提供的下列哪一项建议不符合法律规定?

- A. 告知周某当初聘用他的工作岗位已不存在
- B. 至少提前 30 天向周某发出书面通知
- C. 先安排周某到后勤岗位,如他拒绝就可以解雇
- D. 如周某同意解除劳动合同可与单位签订解约协议,单位支付经济补偿;如周某不同意签订解约协议,单位有权单方解约并不必支付经济补偿

14. (2007-1-97~100) 某国有企业厂因不能清偿到期债务而决定申请破产重整,对企业实施拯救。其拯救措施之一是进行裁员。根据有关法律规定,请回答 97~100 题。

97. <sup>③</sup> 依照劳动法规定,企业在重整期间需要裁减人员时,应采取的程序是:

- A. 应当向工会或全体职工说明情况,听取意见
- B. 应当召集职工代表大会,对裁员方案进行表决
- C. 裁员方案应当公布,并允许被裁减人员提出异议
- D. 裁员方案实施前,应当向劳动行政部门报告

98. <sup>④</sup> 对于被裁减人员,应当给予的待遇是:

- A. 依照国家有关规定给予经济补偿
- B. 制定职工安置预案,予以妥善安置
- C. 承诺企业在 6 个月内录用人员时予以优先录用
- D. 承诺企业在重整成功后予以重新录用

99. <sup>⑤</sup> 不得被裁减的企业人员有:

- A. 管理层、技术骨干和劳动模范
- B. 患病或者负伤,在规定的医疗期内的
- C. 在孕期、产期、哺乳期内的女职工
- D. 患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的

100. <sup>⑥</sup> 对于企业裁减人员的决定,工会依法可采取的行动是:

- A. 工会认为该决定不适当的,有权提出意见
- B. 工会认为该决定违反法律、法规或者劳动合同的,有权要求重新决定

- 
- ① AC。
  - ② D。
  - ③ AD
  - ④ AB
  - ⑤ BCD
  - ⑥ ABC





- C. 被裁减人员提起诉讼的, 工会应当依法给予支持和帮助
- D. 被裁减人员提起诉讼有困难的, 工会可以代表职工提起诉讼

15. (2006-1-66)<sup>①</sup> 某企业与职工解除劳动关系时, 在经济补偿方面的下列哪些做法不符合《劳动法》的规定?

- A. 李某的试用期刚过一半, 被发现不符合录用条件, 企业决定在解除劳动合同时支付试用期的全部工资, 但不支付经济补偿金
- B. 张某尚未达到退休年龄, 但决定提前办理退休手续, 企业告知, 此情况下只支付养老金而不支付经济补偿金
- C. 吴某在劳动合同解除后, 根据有关规定将领取失业救济金, 企业决定从经济补偿金中作适当扣除
- D. 肖某因患病被解除劳动合同, 企业发给经济补偿金, 同时发给不低于6个月工资的医疗补助费并在经济补偿金中作相应抵偿

16. (2005-1-67)<sup>②</sup> 根据我国劳动法的规定, 劳动者与用人单位建立劳动关系, 应当订立劳动合同; 又规定企业职工方与企业可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项, 签定集体合同。劳动合同与集体合同有联系又有区别。下列关于两者异同点的表述, 哪些是正确的?

- A. 签订集体合同的当事人一方不是单个劳动者, 而是代表全体劳动者的工会
- B. 劳动者个人与企业订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬标准不得低于集体合同的规定
- C. 劳动合同和集体合同都是要式合同, 都必须以书面形式签订, 但备案、鉴证或公证都不是订立合同的必要条件
- D. 根据特别优于普通的原则, 个人劳动合同的效力优先于集体合同的效力

17. (2006-1-28)<sup>③</sup> 关于集体合同的下列哪一表述是错误的?

- A. 未建立工会的企业, 集体合同应由职工推举的代表与企业签订
- B. 劳动合同中的劳动条件和劳动报酬标准可以高于集体合同的规定
- C. 并非所有的企业都必须签订集体合同
- D. 集体合同必须经劳动行政部门审查批准方能生效

18. (2008-1-95)<sup>④</sup> 松园公司与天利公司协商劳务派遣协议的下列条款中, 不符合法律规定的有:

- A. 李某在天利公司的工作岗位, 可不在劳务派遣协议中约定, 由天利公司根据需要灵活决定
- B. 李某在天利公司的工作期限, 可以在劳务派遣协议中约定为四个周期, 每个周期为半年, 每个周期结束前订立新的劳务派遣协议
- C. 李某在天利公司的劳动报酬, 应当在劳务派遣协议中约定
- D. 双方对劳务派遣协议的内容负保密义务, 不得向包括李某在内的任何人披露

① ACD  
② AB。  
③ D。  
④ ABD。





19. (2008-1-96)<sup>①</sup> 松园公司和天利公司对李某的下列做法中, 不符合法律规定的有:

- A. 松园公司与李某签订到期可续签的一年期劳动合同
- B. 松园公司从李某每月工资中提取 5% 作为员工集体福利费
- C. 天利公司要求李某缴纳 5000 元岗位责任保证金
- D. 天利公司告知李某无权参加本公司工会

20. (2008-1-97)<sup>②</sup> 天利公司将李某再派遣到自己的子公司, 被李某拒绝。天利公司遂以李某不服从工作安排为由将其退回松园公司。随后, 松园公司以李某已无工作为由解除劳动合同。对此, 下列表述错误的是:

- A. 天利公司可以对李某进行再派遣, 但不能因李某拒绝而将其退回
- B. 松园公司不得因李某已无工作而解除劳动合同
- C. 李某可以将天利公司或者松园公司作为被申请人, 申请劳动争议仲裁
- D. 李某可以就其因劳动合同解除而受到的损失, 请求天利公司和松园公司共同承担赔偿责任

21. (2004-1-99~100) 某建筑公司拖欠 30 位民工的工资达半年, 民工反复索要无果, 遂向当地劳动行政主管部门投诉。在调查处理过程中, 公司提出有个别民工偷窃和毁坏设备, 但查不出何人所为, 所以让全体民工承担连带责任, 以工资抵偿损失。请回答 99~100 题。

99. <sup>③</sup> 对于民工的要求, 劳动行政主管部门可以作出下列何种决定?

- A. 告知民工直接向人民法院提起诉讼
- B. 责令公司支付所欠民工工资
- C. 将案件提交劳动争议仲裁委员会仲裁
- D. 对公司提出警告、责令改正、处以罚款

100. <sup>④</sup> 对于建筑公司的主张, 劳动行政主管部门应如何认定?

- A. 公司让全体民工对偷窃和毁坏设备者造成的损失承担连带责任, 于法无据
- B. 全体民工有义务与公司协商确定赔偿损失的数额
- C. 偷窃和毁坏设备事件与民工工资无关, 应循其他合法途径另行解决
- D. 全体民工有义务查出偷窃和毁坏设备者, 查出前可暂扣部分工资作为保证

① ABCD。  
② A。  
③ B。  
④ AC。

## 第十三讲 劳动争议

### 考点一 劳动争议的范围

#### 重点法条

##### 《劳动争议调解仲裁法》

第二条 中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：

- (一) 因确认劳动关系发生的争议；
- (二) 因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；
- (三) 因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；
- (四) 因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；
- (五) 因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；
- (六) 法律、法规规定的其他劳动争议。

##### 【关联法条】

##### 《人事争议处理规定》

第二条 本规定适用于下列人事争议：

- (一) 实施公务员法的机关与聘任制公务员之间、参照《中华人民共和国公务员法》管理的机关（单位）与聘任工作人员之间因履行聘任合同发生的争议。
- (二) 事业单位与工作人员之间因解除人事关系、履行聘用合同发生的争议。
- (三) 社团组织与工作人员之间因解除人事关系、履行聘用合同发生的争议。
- (四) 军队聘用单位与文职人员之间因履行聘用合同发生的争议。
- (五) 依照法律、法规规定可以仲裁的其他人事争议。

#### 考点解析

##### 1. 属于劳动争议的范围

- (1) 因确认劳动关系发生的争议；
- (2) 因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；
- (3) 因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；
- (4) 因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；
- (5) 因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；
- (6) 法律、法规规定的其他劳动争议。

##### 2. 不属于劳动争议的情形

- (1) 劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷；
- (2) 劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转让纠纷；



(3) 劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷;

(4) 家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷;

(5) 个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷;

(6) 农村承包经营户与受雇人员之间的纠纷。

## 考点二 劳动争议的解决

### 重点法条

#### 《劳动法》

第七十七条 用人单位与劳动者发生劳动争议,当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼,也可以协商解决。

调解原则适用于仲裁和诉讼程序。

#### 【关联法条】

#### 《劳动争议调解仲裁法》

第四条 发生劳动争议,劳动者可以与用人单位协商,也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商,达成和解协议。

第五条 发生劳动争议,当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的,可以向调解组织申请调解;不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,除本法另有规定的外,可以向人民法院提起诉讼。

第六条 发生劳动争议,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的,用人单位应当提供;用人单位不提供的,应当承担不利后果。

第十条 发生劳动争议,当事人可以到下列调解组织申请调解:

(一) 企业劳动争议调解委员会;

(二) 依法设立的基层人民调解组织;

(三) 在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生,企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

第十六条 因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议,用人单位在协议约定期限内不履行的,劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。

第二十二条 发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。

劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的,劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

第二十七条 劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者





应当知道其权利被侵害之日起计算。

前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

**第四十二条** 仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解。

调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书。

调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖劳动争议仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。

调解不成或者调解书送达前，一方当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

**第四十三条** 仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过十五日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

仲裁庭裁决劳动争议案件时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。

**第四十七条** 下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：

（一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；

（二）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

**第四十八条** 劳动者对本法第四十七条规定的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

**第四十九条** 用人单位有证据证明本法第四十七条规定的仲裁裁决有下列情形之一的，可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

（一）适用法律、法规确有错误的；

（二）劳动争议仲裁委员会无管辖权的；

（三）违反法定程序的；

（四）裁决所根据的证据是伪造的；

（五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；

（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

**第五十条** 当事人对本法第四十七条规定以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力。

## （一）和解

发生劳动争议，劳动者可以与用人单位协商，也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商，达成和解协议。和解不是劳动争议解决的必经程序

## （二）调解

### 1. 调解与仲裁的关系

（1）调解不是仲裁的必经程序，当事人可以不经调解直接申请仲裁。

（2）自劳动争议调解组织收到调解申请之日起 15 日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁。

（3）一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的，另一方当事人可以依法申请仲裁。

### 2. 调解主体

（1）企业劳动争议调解委员会；依法设立的基层人民调解组织；在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

（2）企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

### 3. 调解协议的效力

（1）调解协议生效的条件：

① 经调解达成协议的，应当制作调解协议书。

② 调解协议书由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。

③ 自劳动争议调解组织收到调解申请之日起 15 日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁。

（2）生效的调解协议对当事人双方有效，在性质上相当于当事人之间的协议。

（3）生效的调解协议不具有强制执行力，一方当事人不履行调解协议的，另一方当事人不能直接申请执行，但可以依法申请仲裁。

（4）劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令的具体情形：拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿等事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的。

## （三）劳动仲裁

### 1. 仲裁主体的设置及条件

（1）劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面代表组成。劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。

（2）劳动争议仲裁委员会不按行政区划层层设立。

（3）劳动争议仲裁委员会应当设仲裁员名册。

仲裁员应当公道正派，并符合下列条件之一：

① 曾任审判员的；

② 从事法律研究、教学工作并具有中级以上职称的；





③ 具有法律知识、从事人力资源管理或者工会等专业工作满 5 年的；

④ 律师执业满 3 年的。

(4) 仲裁是诉讼的强制前置程序；调解原则适用于劳动仲裁程序。

## 2. 仲裁管辖

(1) 劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。

(2) 双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。

(3) 发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

## 3. 劳动争议仲裁的申请

劳动争议申请仲裁的时效期间为 1 年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

所规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起 1 年内提出。

## 4. 开庭和裁决

(1) 劳动争议仲裁委员会裁决劳动争议案件实行仲裁庭制。仲裁庭由三名仲裁员组成，设首席仲裁员。简单劳动争议案件可以由一名仲裁员独任仲裁。

(2) 仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解。

调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书。

调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖劳动争议仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。

调解不成或者调解书送达前，一方当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

(3) 申请人无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以缺席裁决。

(4) 仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起 45 日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过 15 日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

仲裁庭裁决劳动争议案件时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。

## 5. “一裁终局”的特殊规定

劳动争议的解决方式有协商、调解、仲裁和诉讼。不同解决方式之间的关系也是考试的重点。协商、调解不是劳动争议解决的必经程序。在一般情况下，仲裁是诉讼的必经程序，仲裁裁决不是最终裁决，但对第 47 条规定的几种案件：追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准 12 个月金额的争议；因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议，仲裁裁决是最终裁决。

(1) 下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日





起发生法律效力：

① 追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准12个月金额的争议；

② 因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

(2) 劳动者对上述仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼。

用人单位有证据证明上述劳动争议仲裁裁决有下列情形之一的，可以自收到仲裁裁决书之日起30日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

① 适用法律、法规确有错误的；

② 劳动争议仲裁委员会无管辖权的；

③ 违反法定程序的；

④ 裁决所根据的证据是伪造的；

⑤ 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；

⑥ 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起15日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

注意：一般的劳动争议案件，先仲裁，对仲裁不服的，当事人可以向人民法院提起诉讼。但对于第47条规定的几种案件，裁决作出后，劳动者不服的，可以向人民法院提起诉讼；用人单位不服的，不能向人民法院提起诉讼，只能申请撤销裁决，即对用人单位而言，这些案件实行的是一裁终局。

#### 6. 裁决先予执行的案件范围及条件

仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。

仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：

(1) 当事人之间权利义务关系明确；

(2) 不先予执行将严重影响申请人的生活。

劳动者申请先予执行的，可以不提供担保。

#### 7. 仲裁期限

仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起45日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过15日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

仲裁庭裁决劳动争议案件时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。

#### 8. 劳动争议仲裁不收费

劳动争议仲裁委员会的经费由财政予以保障。

#### 9. 注意区别记忆《劳动争议调解仲裁法》与《仲裁法》中仲裁（以下简称商事仲裁）的区别

(1) 仲裁的范围不同。劳动仲裁的范围是劳动争议；商事仲裁的范围是平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷。

(2) 仲裁规则的制定主体不同。劳动仲裁的仲裁规则由国务院劳动行政部门制定；商事仲裁的仲裁规则由仲裁协会制定。

(3) 受理案件的条件不同。劳动仲裁不以当事人之间存在仲裁协议为前提；商事仲裁的前提是当事人之间存在仲裁协议。

(4) 仲裁的效力不同。劳动仲裁在一般情况下不是一裁终局；商事仲裁是一裁终局。

(5) 仲裁委员会的设立及组成不同。

### 真题演练

(2009-1-73)<sup>①</sup> 下列哪些情形不属于《劳动争议处理条例》规定的劳动争议范围？

- A. 张某自动离职一年后，回原单位要求复职被拒绝
- B. 郑某辞职后，不同意公司按存款本息购回其持有的职工股，要求做市场价评估
- C. 秦某退休后，因社会保险经办机构未及时发放社会保险金，要求公司协助解决
- D. 刘某因工伤致残后，对劳动能力鉴定委员会评定的伤残等级不服，要求重新鉴定

<sup>①</sup> BCD。



# 第七章 环境保护法

## 第十四讲 《环境保护法》

### 考点一 环境保护基本制度

#### 重点法条

第九条 国务院环境保护行政主管部门制定国家环境质量标准。

省、自治区、直辖市人民政府对国家环境质量标准中未作规定的项目，可以制定地方环境质量标准，并报国务院环境保护行政主管部门备案。

第十条 根据国家环境质量标准和国家经济、技术条件，制定国家污染物排放标准。

省、自治区、直辖市人民政府对国家污染物排放标准中未作规定的项目，可以制定地方污染物排放标准；对国家污染物排放标准中已作规定的项目，可以制定严于国家污染物排放标准的地方污染物排放标准。地方污染物排放标准须报国务院环境保护行政主管部门备案。

凡是向已有地方污染物排放标准的区域排放污染物的，应当执行地方污染物排放标准。

第十三条 建设污染环境的项目，必须遵守国家有关建设项目环境保护管理的规定。

建设项目的环境影响报告书，必须对建设项目产生的污染和对环境的影响作出评价，规定防治措施，经项目主管部门预审并依照规定的程序报环境保护行政主管部门批准。环境影响报告书经批准后，计划部门方可批准建设项目设计任务书。

第二十六条 建设项目中防治污染的设施，必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用。防治污染的设施必须经原审批环境影响报告书的环境保护行政主管部门验收合格后，该建设项目方可投入生产或者使用。

防治污染的设施不得擅自拆除或者闲置，确有必要拆除或者闲置的，必须征得所在地环境保护行政主管部门同意。

第二十八条 排放污染物超过国家或者地方规定的污染物排放标准的企业事业单位，依照国家规定缴纳超标准排污费，并负责治理。水污染防治法另有规定的，依照水污染防治法的规定执行。

征收的超标准排污费必须用于污染的防治，不得挪作他用，具体使用办法由国务院规定。

第二十九条 对造成环境严重污染的企业事业单位，限期治理。



中央或者省、自治区、直辖市人民政府直接管辖的企业事业单位的限期治理，由省、自治区、直辖市人民政府决定。市、县或者市、县以下人民政府管辖的企业事业单位的限期治理，由市、县人民政府决定。被限期治理的企业事业单位必须如期完成治理任务。

第三十七条 未经环境保护行政主管部门同意，擅自拆除或者闲置防治污染的设施，污染物排放超过规定的排放标准的，由环境保护行政主管部门责令重新安装使用，并处罚款。

第三十八条 对违反本法规定，造成环境污染事故的企业事业单位，由环境保护行政主管部门或者其他依照法律规定行使环境监督管理权的部门根据所造成的危害后果处以罚款；情节较重的，对有关责任人员由其所所在单位或者政府主管机关给予行政处分。

第三十九条 对经限期治理逾期未完成治理任务的企业事业单位，除依照国家规定加收超标排污费外，可以根据所造成的危害后果处以罚款，或者责令停业、关闭。

前款规定的罚款由环境保护行政主管部门决定。责令停业、关闭，由作出限期治理决定的人民政府决定；责令中央直接管辖的企业事业单位停业、关闭，须报国务院批准。

## 考点解析

### （一）环境标准和污染物排放标准

#### 1. 环境标准

（1）国家环境质量标准：由国务院环境保护行政主管部门制定。

（2）地方环境标准：省级政府制定，并报国务院环境保护行政主管部门备案（对于国家环境质量标准没有规定的项目）。

注意：

（1）只有省级才可以制定地方环境质量标准。

（2）是向国务院环境保护行政主管部门备案，不是批准。

#### 2. 污染物排放标准

（1）国务院环境保护行政主管部门根据国家环境质量标准和国家经济、技术条件，制定国家污染物排放标准。

（2）省、自治区、直辖市人民政府对国家污染物排放标准中未作规定的项目，可以制定地方污染物排放标准

（3）对国家污染物排放标准中已作规定的项目，可以制定严于国家污染物排放标准的地方污染物排放标准。地方污染物排放标准须报国务院环境保护行政主管部门备案。

（4）凡是向已有地方污染物排放标准的区域排放污染物的，应执行地方污染物排放标准。

### （二）环境影响评价制度

报批时间：环境影响报告书必须在计划部门批准建设项目设计书之前报项目主管部门预审，并依照规定的程序报环境保护行政主管部门批准。环境影响报告书经批准后，计划部门方可批准建设项目设计任务书。也就是说一般建设项目是在可行性研究阶段报批。

### （三）环境规划制度

环境规划的分类如下：

1. 环境规划按时间期限分为短期、中期和长期规划。通常，短期规划以5年为限；中



期规划以15年为限；长期规划以20年、30年、50年为限。

2. 环境规划按规划的法定效力分为强制性规划、指导性规划。

3. 环境规划按规划的性质分为污染控制规划、国民经济整体规划和国土利用规划三类。

#### （四）“三同时”制度

1. “三同时”制度是我国首创。该制度的适用范围是：在中国领域内和中国管辖的其他海域内对环境有影响的建设项目需要配置环境保护设施的，必须适用“三同时”制度。

2. 含义：建设项目中的环境保护设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用。

3. “三同时”制度的实施：①防治污染的设施必须经原审批环境影响报告书的环境保护行政主管部门验收合格后，该建设项目方可投入生产或者使用。②防治污染的设施不得擅自拆除或者闲置，确有必要拆除或者闲置的，必须征得所在地的环境保护行政主管部门同意。

#### （五）限期治理制度

1. 限期治理的对象包括两类：严重污染环境的污染源；位于需要特别保护的区域内的超标排污的污染源，需要特别保护的区域指风景名胜区、自然保护区和其他需要特别保护的区域。

2. 注意不同企业的限期治理由不同级别的政府决定

中央或者省、自治区、直辖市人民政府直接管辖的企业事业单位的限期治理，由省、自治区、直辖市人民政府决定。

市、县或者市、县以下人民政府管辖的企业事业单位的限期治理，由市、县人民政府决定。

3. 对于未完成治理任务的处罚和决定

罚款可以由环境保护部门作出，但责令停业、关闭，只能由作出限期治理决定的人民政府作出，责令中央直接管辖的企业、事业单位停业、关闭的，须报国务院批准。环境保护部门无权作出。注意不同人民政府的具体权限。

#### （六）排污收费制度

征收的超标准排污费必须用于污染的防治，不得挪作他用，具体使用办法由国务院规定。

1. 征收排污费的对象。征收排污费的对象是超过国家或者地方污染物排放标准排放污染物的企事业单位。但有例外。企事业单位向水体排放污染物，不超过国家或者地方规定的污染物排放标准的，缴纳排污费；超过国家或者地方标准的，缴纳超标准排污费。向大气和海洋排放污染物的，其污染物排放浓度不得超过国家和地方规定的排放标准，达标排放的征收排污费；超标排放不缴纳超标排污费的，应当限期治理并科以罚款。

2. 对排污者而言，其缴纳了排污费，并不免除其负担治理环境污染、赔偿污染损失和法律规定的其他责任。

3. 排污许可证的适用范围。对依法实施重点污染物排放总量控制的水体排放重点水污染物的和对大气污染物总量控制区排放主要大气污染物的实行排污许可证制度。

## 考点二 环境民事责任与环境民事纠纷处理程序

### 重点法条

第四十条 当事人对行政处罚决定不服的，可以在接到处罚通知之日起十五日内，向作出处罚决定的机关的上一级机关申请复议；对复议决定不服的，可以在接到复议决定之日起十五日内，向人民法院起诉。当事人也可以在接到处罚通知之日起十五日内，直接向人民法院起诉。当事人逾期不申请复议、也不向人民法院起诉、又不履行处罚决定的，由作出处罚决定的机关申请人民法院强制执行

第四十一条 造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或者个人赔偿损失。

赔偿责任和赔偿金额的纠纷，可以根据当事人的请求，由环境保护行政主管部门或者其他依照本法律规定行使环境监督管理权的部门处理；当事人对处理决定不服的，可以向人民法院起诉。当事人也可以直接向人民法院起诉。

完全由于不可抗拒的自然灾害，并经及时采取合理措施，仍然不能避免造成环境污染损害的，免予承担责任。

第四十二条 因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为三年，从当事人知道或者应当知道受到污染损害时起计算。

### 考点解析

#### （一）环境民事责任

1. 环境污染民事责任是特殊侵权责任，实行无过错责任归责原则，并且不以侵权人有环境违法行为为前提。构成要件包括：

（1）实施了排污等施害行为；

（2）发生了损害结果；

（3）施害行为与损害结果之间具有因果关系（举证责任倒置，因果关系推定）。行为人即使达标排放，只要从事排污并发生了危害后果的，也要承担民事责任。行为人不能以达标排放作为免除民事责任的抗辩理由。

2. 免责事由。根据《环境保护法》的规定，即使具备环境民事责任构成要件，在三种情形下也免于承担环境民事责任。这三种情形是：①由不可抗力造成并且行为人及时采取合理措施。②受害者自我致害。如果污染损失是由受害者自身的责任所引起的，排污单位不承担责任。③第三者过错。如果污染损失是由第三者故意或者过失造成的，第三者应当承担责任。行为和损害之间没有因果关系。

3. 民事责任形式。《环境保护法》规定了排除危害与赔偿损失两种责任形式，《民法通则》中规定的停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状等也适用于环境民事责任。

#### （二）环境民事纠纷处理程序

1. 环境行政调解处理。不是必经程序，也不是最终程序。环境民事纠纷当事人对行政调解处理决定不服的，可以向人民法院起诉，也可以不经过行政调解处理直接向人民法







院起诉。环境行政调解处理决定没有强制执行力，对调解处理决定不服的，不能提起行政诉讼，而应提起以对方当事人为被告的环境民事诉讼。

2. 环境民事诉讼。环境民事诉讼与普通民事诉讼相比，具有以下几点区别：

(1) 环境污染损害赔偿的诉讼时效是特殊诉讼时效，为3年。

(2) 环境民事诉讼适用举证责任倒置的原则。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条规定，下列侵权诉讼，按照以下规定承担举证责任：①因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；加害人如果能够证明损害是受害人故意造成的或者其行为与损害结果之间不存在因果关系的，可以免除责任。②但是，原告也要对被告侵权的基本事实和自己受到损害的事实承担举证责任，而不是不承担任何举证责任，即对环境污染的存在和环境污染是由侵权人的行为造成的这两方面的事实承担举证责任。③是因果关系推定。即被告不能证明自己与环境污染危害无关，以及行为人排放的污染物不可能产生受害人遭受的污染，就推定因果关系存在。

当事人对行政机关有关赔偿责任和赔偿金额纠纷作出的处理决定不服时提起的诉讼性质应是民事诉讼（侵权之诉），被告是环境污染部门，而非行政诉讼。

### 真题演练

1. (2003-1-17)① 关于环境污染赔偿责任和赔偿金额的纠纷解决，下列哪一项表述是符合法律规定的？

- A. 先请求环保部门进行处理，对处理不服才可以提起行政诉讼
- B. 先请求环保部门进行处理，对处理不服才可以提起民事诉讼
- C. 可以先请求环保部门进行调解，对调解不服的，可提起行政诉讼；也可以直接向人民法院起诉
- D. 可以先请求环保部门进行处理，对处理决定不服的，可以向人民法院起诉；也可以直接向人民法院起诉

2. (2003-1-53)② 2003年8月，由于天气干旱，农民甲的农作物缺水，甲便将某化肥厂排放的污水引入自己的农田灌溉，结果造成农作物死亡，甲要求化肥厂承担赔偿责任。下列关于此案的说法哪些是正确的？

- A. 根据无过错原则，化肥厂应承担赔偿责任
- B. 甲可以直接以化肥厂为被告提起诉讼
- C. 化肥厂须举证证明损害是由甲自己的行为造成的方可免责
- D. 甲提起诉讼的最后期限为2006年8月

3. (2004-1-88)③ 农民甲将化肥厂排放的污水引入自己的农田灌溉，造成农作物死亡，甲要求化肥厂承担赔偿责任。下列关于此案的说法何者为正确？

- A. 造成环境污染危害的，其行为违法与否，不影响民事责任的确定
- B. 农民甲无须承担任何举证责任
- C. 化肥厂如否认自己侵权，必须负举证责任

① D。  
② BCD。  
③ AC。

- ① B。
- ② CD。
- ③ ABCD。
- ④ ABC。
- ⑤ BC。
- ⑥ BC。



法》的规定，下列哪些选项是正确的？

A. 该厂拥有排污许可证并缴纳了排污费，所排污水虽然超出了省级水污染物排放标准但未超过国家标准，故不违法

B. 该厂应缴纳超标排污费，并治理污染

C. 环保局有权对该厂进行罚款

D. 环保局有权责令该厂停业或关闭

10. (2008-1-28)<sup>①</sup> 由于某化工厂长期排污，该厂周边方圆一公里内的庄稼蔬菜生长不良、有害物质含量超标，河塘鱼类无法繁衍，该地域内三个村庄几年来多人患有罕见的严重疾病。根据《环境保护法》的规定，下列哪一选项是错误的？

A. 受害的三个村的村委会和受害村民有权对该厂提起民事诉讼

B. 因环境污染引起的民事诉讼的时效为3年

C. 环境污染民事责任的归责原则实行公平责任方不负举证责任原则

D. 环境污染致害的因果关系证明，受害方不负举证责任

11. (2008-1-75)<sup>②</sup> 关于环境民事责任的免责，下列哪些选项是错误的？

A. 凡不可抗拒的自然灾害造成环境污染的，均应免责

B. 第三者责任造成污染损失的，排污单位免责

C. 污染损失由受害者自身责任引起，排污单位也要承担责任

D. 排污单位积极采取减排措施，虽减少了污染损失，仍不可以免责

12. (2009-1-77)<sup>③</sup> 根据《环境保护法》规定，下列哪些选项属于农业环境保护的措施？

A. 防治土地沙化、盐渍化、贫瘠化、沼泽化

B. 防治植被破坏、水土流失、水源枯竭

C. 推广植物病虫害的综合防治

D. 合理使用化肥、农药及植物生长激素

① C。

② ACD。

③ ABCD。

# 第八章 审 计 法

## 第十五讲 《审计法》

### 考点一 审计机关的领导体制

#### 重点法条

第七条 国务院设立审计署，在国务院总理领导下，主管全国的审计工作。审计长是审计署的行政首长。

第八条 省、自治区、直辖市、设区的市、自治州、县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府的审计机关，分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下，负责本行政区域内的审计工作。

第九条 地方各级审计机关对本级人民政府和上一级审计机关负责并报告工作，审计业务以上级审计机关领导为主。

第十条 审计机关根据工作需要，经本级人民政府批准，可以在其审计管辖范围内设立派出机构。

第十五条 审计人员依法执行职务，受法律保护。

任何组织和个人不得拒绝、阻碍审计人员依法执行职务，不得打击报复审计人员。

审计机关负责人依照法定程序任免。审计机关负责人没有违法失职或者其他不符合任职条件的情况的，不得随意撤换。

地方各级审计机关负责人的任免，应当事先征求上一级审计机关的意见。

派出机构根据审计机关的授权，依法进行审计工作。

第十七条 审计署在国务院总理领导下，对中央预算执行情况和其他财政收支情况进行审计监督，向国务院总理提出审计结果报告。

地方各级审计机关分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下，对本级预算执行情况和其他财政收支情况进行审计监督，向本级人民政府和上一级审计机关提出审计结果报告。

#### 考点解析

##### 1. 总体来说

- (1) 审计机关直接对本级人民政府的首长和上一级审计机关负责。
- (2) 审计机关实行双重领导。

(3) 审计机关只设立在县级以上人民政府。

## 2. 具体来说

中央层面——单层体制：国务院设立审计署，在国务院总理领导下，主管全国的审计工作。审计长是审计署的行政首长。

地方层面——多层体制：省、自治区、直辖市、设区的市、自治州、县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府的审计机关，分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下，负责本行政区域内的审计工作。

地方各级审计机关对本级人民政府和上一级审计机关负责并报告工作，审计业务以上级审计机关领导为主。

地方各级审计机关负责人的任免，应当事先征求上一级审计机关的意见。

任何组织和个人不得拒绝、阻碍审计人员依法执行职务，不得打击报复审计人员。

审计机关负责人依照法定程序任免。审计机关负责人没有违法失职或者其他不符合任职条件的情况的，不得随意撤换。

## 考点二 审计范围

### 重点法条

第十六条 审计机关对本级各部门（含直属单位）和下级政府预算的执行情况和决算以及其他财政收支情况，进行审计监督。

第十八条 审计署对中央银行的财务收支，进行审计监督。

审计机关对国有金融机构的资产、负债、损益，进行审计监督。

第十九条 审计机关对国家的事业组织和使用财政资金的其他事业组织的财务收支，进行审计监督。

第二十条 审计机关对国有企业的资产、负债、损益，进行审计监督。

第二十一条 对国有资本占控股地位或者主导地位的企业、金融机构的审计监督，由国务院规定。

第二十二条 审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算，进行审计监督。

第二十三条 审计机关对政府部门管理的和其他单位受政府委托管理的社会保障基金、社会捐赠资金以及其他有关基金、资金的财务收支，进行审计监督。

第二十四条 审计机关对国际组织和外国政府援助、贷款项目的财务收支，进行审计监督。

第二十五条 审计机关按照国家有关规定，对国家机关和依法属于审计机关审计监督对象的其他单位的主要负责人，在任职期间对本地区、本部门或者本单位的财政收支、财务收支以及有关经济活动应负经济责任的履行情况，进行审计监督。

第二十六条 除本法规定的审计事项外，审计机关对其他法律、行政法规规定应当由审计机关进行审计的事项，依照本法和有关法律、行政法规的规定进行审计监督。



## 考点解析

主要掌握审计的范围。归纳如下：

1. 国家机关：审计机关对本级各部门（含直属单位）和下级政府预算的执行情况和决算以及其他财政收支情况，进行审计监督。

2. 金融机构：审计署对中央银行的财务收支，进行审计监督。

审计机关对国有金融机构的资产、负债、损益，进行审计监督。

3. 事业单位：审计机关对国家的事业组织和使用财政资金的其他事业组织的财务收支，进行审计监督。

4. 国有企业：审计机关对国有企业的资产、负债、损益，进行审计监督。

对国有资本占控股地位或者主导地位的企业、金融机构的审计监督，由国务院规定。

5. 政府投资：审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算，进行审计监督。

6. 社会保障基金、社会捐赠资金等：审计机关对政府部门管理的和其他单位受政府委托管理的社会保障基金、社会捐赠资金以及其他有关基金、资金的财务收支，进行审计监督。

7. 国外援助或贷款：审计机关对国际组织和外国政府援助、贷款项目的财务收支，进行审计监督。

这里要注意财政收支和财务收支的区别。财政收支是从国家的角度，对其以资金形态再分配社会产品的理论概括。凡属于国家分配范畴内的资金活动，都称之为财政收支。财务收支是从部门、企业、单位的角度，对反映其经济活动的资金运动所作的理论概括。凡是与财政部门无直接缴款、拨款关系的单位资金活动，习惯上人们称之为财务收支。

## 考点三 审计程序

### 重点法条

第三十八条 审计机关根据审计项目计划确定的审计事项组成审计组，并应当在实施审计三日前，向被审计单位送达审计通知书；遇有特殊情况，经本级人民政府批准，审计机关可以直接持审计通知书实施审计。

被审计单位应当配合审计机关的工作，并提供必要的工作条件。

审计机关应当提高审计工作效率。

第三十九条 审计人员通过审查会计凭证、会计账簿、财务会计报告，查阅与审计事项有关的文件、资料，检查现金、实物、有价证券，向有关单位和个人调查等方式进行审计，并取得证明材料。

审计人员向有关单位和个人进行调查时，应当出示审计人员的工作证件和审计通知书副本。

第四十条 审计组对审计事项实施审计后，应当向审计机关提出审计组的审计报告。审计组的审计报告报送审计机关前，应当征求被审计对象的意见。被审计对象应当自接到审计组的审计报告之日起十日内，将其书面意见送交审计组。审计组应当将被审计对象的







书面意见一并报送审计机关。

第四十一条 审计机关按照审计署规定的程序对审计组的审计报告进行审议，并对被审计对象对审计组的审计报告提出的意见一并研究后，提出审计机关的审计报告；对违反国家规定的财政收支、财务收支行为，依法应当给予处理、处罚的，在法定职权范围内作出审计决定或者向有关主管机关提出处理、处罚的意见。

审计机关应当将审计机关的审计报告和审计决定送达被审计单位和有关主管机关、单位。审计决定自送达之日起生效。

第四十二条 上级审计机关认为下级审计机关作出的审计决定违反国家有关规定的，可以责成下级审计机关予以变更或者撤销，必要时也可以直接作出变更或者撤销的决定。

### 考点解析

掌握审计的具体程序：

组成审计组→在实施审计3日前，送达审计通知书（特殊情况下经过本级人民政府批准，审计机关可以直接持审计通知书进行审计）→实施审计→审计组向审计机关提出审计报告+被审计对象的书面意见（在此之前，要征得被审计对象的意见，被审计对象10日内送交审计组）→提出审计机关的审计报告（是审计机关在审计审计组的报告，研究被审计对象意见的基础上形成的）→作出审计决定，或向有关主管机关提出处理、处罚意见（审计机关应将审计机关的审计报告和审计决定送达被审计单位和有关主管机关、单位。审计决定自送达之日起生效）。

### 考点四 法律责任

#### 重点法条

第四十八条 被审计单位对审计机关作出的有关财务收支的审计决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

被审计单位对审计机关作出的有关财政收支的审计决定不服的，可以提请审计机关的本级人民政府裁决，本级人民政府的裁决为最终决定。

### 考点解析

注意救济方式的不同：

被审计单位对审计机关作出的有关财务收支的审计决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼（选择性程序）。

被审计单位对审计机关作出的有关财政收支的审计决定不服的，可以提请审计机关的本级人民政府裁决，本级人民政府的裁决为最终决定（注意区别比较记忆）。

### 真题演练

1. (2004-1-62)① 某县审计局4月20日开会决定对该县国有企业A进行审计，22

① ACD。

日该审计局的一名审计人员先期到达 A 企业进行审计，审计过程中发现 A 企业与该县另一企业 B 之间的一笔购销木材合同存在疑点，遂决定到 B 企业进行调查。4 月 29 日，该审计局的两名审计人员来到 B 企业，并向 B 企业的负责人口头说明了自己的身份，要求其提供与 A 企业木材购销合同的相关情况。该审计局的上述审计活动中，哪些不符合关于审计程序的法律规定？

- A. 实施审计前未组成审计组
- B. 实施审计前未向被审计单位的上级主管部门通报情况
- C. 实施审计 3 日前未向被审计单位送达审计通知书
- D. 审计人员进行调查时，未出示审计人员的工作证件和审计通知书副本

2. (2009 - 1 - 69)<sup>①</sup> 下列哪些属于审计机关的审计监督范围？

- A. 国家的事业组织和使用财政资金的其他事业组织的财务支出
- B. 国有金融机构和国有企业的资产、负债、损益
- C. 政府投资的建设项目的财务收支
- D. 国际组织贷款项目的财务收支

---

<sup>①</sup> ABD。



## 附录 本书主要法律文件全、简称对照表

### 商 法

公司法	中华人民共和国公司法
合伙企业法	中华人民共和国合伙企业法
个人独资企业法	中华人民共和国个人独资企业法
中外合资经营企业法	中华人民共和国中外合资经营企业法
中外合资经营企业法实施条例	中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例
中外合作经营企业法	中华人民共和国中外合作经营企业法
中外合作经营企业法实施细则	中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则
外资企业法	中华人民共和国外资企业法
外资企业法实施细则	中华人民共和国外资企业法实施细则
证券法	中华人民共和国证券法
企业破产法	中华人民共和国企业破产法
保险法	中华人民共和国保险法
票据法	中华人民共和国票据法
海商法	中华人民共和国海商法

### 经 济 法

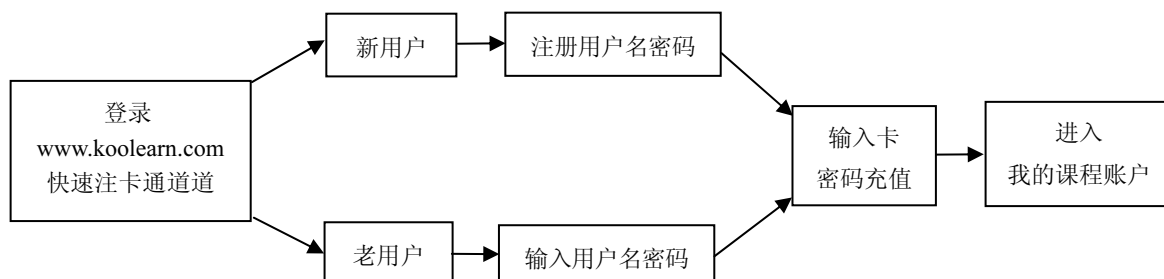
反不正当竞争法	中华人民共和国反不正当竞争法
反垄断法	中华人民共和国反垄断法
消费者权益保护法	中华人民共和国消费者权益保护法
产品质量法	中华人民共和国产品质量法
食品安全法	中华人民共和国食品安全法
商业银行法	中华人民共和国商业银行法
银行业监督管理法	中华人民共和国银行业监督管理法
个人所得税法	中华人民共和国个人所得税法
企业所得税法	中华人民共和国企业所得税法
增值税暂行条例	中华人民共和国增值税暂行条例
增值税暂行条例实施细则	中华人民共和国增值税暂行条例实施细则
税收征收管理法	中华人民共和国税收征收管理法
土地管理法	中华人民共和国土地管理法
城市房地产管理法	中华人民共和国城市房地产管理法
农村土地承包法	中华人民共和国农村土地承包法
劳动合同法	中华人民共和国劳动合同法
劳动法	中华人民共和国劳动法
劳动争议调解仲裁法	中华人民共和国劳动争议调解仲裁法
环境保护法	中华人民共和国环境保护法
审计法	中华人民共和国审计法

**恭喜您成为新东方在线网上学员**

本卡为新东方在线礼品卡，将此卡充值，您可在有效期内学习新东方在线司法考试指定课程。

**充值操作流程**

登录 www.koolearn.com 网站→在首页进入“快速注卡”通道，注册用户名密码→输入“卡密码”充值→进入“我的课程账户”听课。

**特别提醒：**

本卡充值使用有效期截至 2010 年 10 月 01 日，逾期不能听课，充值后有效期为 30 天。

此卡为非卖品，不可销售。咨询热线：400-676-2300。

**卡密码：3548900823026133**

**2010 年新东方司法考试网络课程产品体系**

产品类别	产品名称	促销价	新东方在线 2010 年司法考试的五大优势
<b>特色班型</b>	2010 司考金牌通关班（送 09）	2580 元	<b>1. 超强的师资队伍</b> 授课教师均为来自北京大学、中国人民大学、中国政法大学的权威教师，使您足不出户，即可享受京城一线名师的精彩授课。 <b>2. 全面系统的课程体系</b> 四阶段的独特教学模式——历年真题破解、系统精讲、串讲模考、点睛飞跃。 <b>3. 丰厚的投资回报</b> 超低的价格，却有同样的课堂效果，新东方北斗星学校面授课程随堂录制，面授班课程结束后一星期内对应网络课程即可上线。 <b>4. 反复听课无限畅学</b> 没有听课次数的限制，并且细分知识点，哪里没有学懂从哪里重复学起。 <b>5. 协议保过</b> 基于 2008、2009 年的高通过率，与金牌协议通关班学员签订电子协议。不通过国家规定的分数线，免费重读 2011 全程班课程。
	2010 司考全程联报班（送 09）	1680 元	
<b>单项</b>	2010 司考系统精讲班（送 09）	680 元	
	2010 司考串讲模考班（送 09）	580 元	
	2010 司考历年真题破解班（送 09）	280 元	
	2010 司考点睛飞越班（送 09）	380 元	
<b>套餐组合</b>	2010 司考真题+精讲联报（送 09）	880 元	
	2010 司考真题+精讲+点睛联报（送 09）	1180 元	
	2010 司考精讲+串讲+点睛联报（送 09）	1480 元	
	2010 司考精讲+点睛联报（送 09）	980 元	
	2010 司考串讲+点睛联报（送 09）	880 元	